Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE
Colección de Textos y Documentos para la Historia
del Derecho Argentino
XI

DALMACIO VELEZ SARSFIELD

ESCRITOS JURIDICOS

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Gioja. UBA
uso académico.

ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES
1971

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

DR. ANDRÉS A. SANTAS

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

DR. ROBERTO A. DURRIEU

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO
RICARDO LEVENE

DIRECTOR
Dr. Ricardo Zorraquín Becú

JEFE DE INVESTIGACIONES
Dr. Víctor Tau Anzoátegui

JEFE DE CURSOS Y PUBLICACIONES
Dr. Eduardo Martiré

JEFE DE DEPARTAMENTO
Dr. Julio César Guillamondegui

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.

II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.

III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.

IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsímil). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.

V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.

VII. BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1832)* y *El Correo Judicial (1834)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.

VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.

IX. MANUEL QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.

X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de* 1852. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.

XI. DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Escritos jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, 1971.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.

II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*. 1941.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

III y IV. José María Ots Capdequí, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.

V. Ricardo Zorraquín Becú, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, 1954.

VI. Ricardo Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª edición, Edit. Perrot, 1962.

VII. Víctor Tau Anzoátegui, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Edit. Perrot, 1965.

VIII. y IX. Ricardo Zorraquín Becú, *Historia del Derecho Argentino*, 2 tomos. Editorial Perrot, 1966 y 1970.

X. Abelardo Levaggi, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Derecho Eclesiástico*, Editorial Perrot, 1969.

Colección de estudios para la historia del derecho patrio en las provincias

I. Atilio Cornejo, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica*. Advertencia de Ricardo Levene, 1947.

II. Manuel Lizondo Borda, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870*, Editorial Perrot, 1956.

III. Teófilo Sánchez de Bustamante, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, 1958.

IV. Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 1962.

Conferencias y comunicaciones

Ricardo Levene, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, 1941.

Jorge A. Núñez, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.

Ricardo Piccirilli, *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.

Ricardo Smith, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.

Niceto Alcalá Zamora, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.

Leopoldo Melo, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.

Guillermo J. Cano, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.

Juan Silva Riestra, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.

Carlos Mouchet, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Juan Agustín García, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.

Rodolfo Trostiné, *José de Darregueyra, el primer conjuez patriota (1771-1817)*, 1945.

Ricardo Levene, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.

Alamiro de Ávila Martel, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.

Sigfrido Radaelli, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.

Fernando F. Mó, *Valoración jurídica de la obra maestra de Sarmiento*, 1947.

Ricardo Zorraquín Becú, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.

Sigfrido Radaelli, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.

Vicente O. Cutolo, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.

Raúl A. Molina, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.

Ricardo Levene, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.

Vicente O. Cutolo, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.

José M. Mariluz Urquijo, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.

Ricardo Zorraquín Becú, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.

Alfredo J. Molinario, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.

Ricardo Levene, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina*, 1949.

Alamiro de Ávila Martel, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, 1949.

Armando Braun Menéndez, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.

Ricardo Levene, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios*, 1952.

Lecciones de historia jurídica

I. Eduardo Martiré, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Editorial Perrot, 1968.

II. José M. Mariluz Urquijo, *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*. Editorial Perrot, 1968.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado*
Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado.*
Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado.*
Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado.*
Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado.*
Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado.*
Número 7, Años 1955-6 (192 páginas). *Agotado.*
Número 8, Año 1957 (313 páginas). *Agotado.*
Número 9, Año 1958 (172 páginas). *Agotado.*
Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado.*
Número 11, Año 1960. (238 páginas).
Número 12, Año 1961 (224 páginas).
Número 13, Año 1962 (226 páginas).
Número 14, Año 1963 (206 páginas).
Número 15, Año 1964 (243 páginas).
Número 16, Año 1965 (259 páginas).
Número 17, Año 1966 (340 páginas).
Número 18, Año 1967 (276 páginas).
Número 19, Año 1968 (328 páginas).
Número 20, Año 1969 (328 páginas).
Número 21, Año 1970 (en prensa).

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Adhiriendo a la conmemoración del centenario de la sanción del Código Civil, el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene publica una selección de escritos jurídicos de Vélez Sársfield realizada por el propio Vélez que fue transcribiendo en un grueso volumen aquellos trabajos que consideraba dignos de ser conservados. Cuando lo creía necesario precedía el escrito por una breve explicación del caso o de las circunstancias que lo habían determinado, explicación que también se ha considerado conveniente reproducir. Algunos alegatos y dictámenes vieron la luz en vida de su autor, otros aparecen ahora por primera vez.

El volumen original, donado al Instituto por el doctor José M. Mariluz Urquijo, formó parte de los libros y papeles que pertenecieron al profesor de derecho civil doctor José María Moreno quien publicó algunos de estos escritos en la Revista de Lejislación y Jurisprudencia *que dirigía junto con Ceferino Araujo, Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca. La utilización del volumen del que ahora nos servimos queda comprobada por la inclusión de las mismas breves introducciones redactadas por Vélez que figuran en el tomo y, sobre todo, por la repetición textual de algunos errores deslizados al mencionar nombres propios.*

Fue José María Moreno el primero en subrayar la importancia de estos trabajos advirtiendo que cada uno de ellos "corresponde a la fama que su autor ha conquistado en el foro y en la ciencia y tienen de remarcable, que a pesar de ser destinados a dilucidar puntos determinados en las cuestiones judiciales y redactados con la rapidez que exigen los procedimientos y las numerosas atenciones de un abogado acreditado, contienen un estudio comparado de nuestra legislación y un tratado conciso, pero completo, de la materia sobre que versan" [1].

1 *Revista de Lejislación y Jurisprudencia*, t. VI, Buenos Aires, 1871, p. 353.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Desde nuestra especial perspectiva permítasenos agregar que a la par del Vélez civilista, comercialista, economista o canonista tantas veces elogiado por los juristas argentinos aparece aquí un Vélez versado en nuestra historia jurídica, consciente de la sucesión de los distintos cuerpos legales que rigieron la vida hispanoamericana y que maneja oportunamente su Martínez Marina, el mejor informado de los historiadores del derecho de su época. Y que ese afinado sentido histórico no es, por cierto, ajeno a la agudeza y flexibilidad de criterio con que enfoca y resuelve los problemas que afronta.

I

CAUSA DE LOS EMBARGADOS POR OPINIONES POLITICAS *

[1847]

El Gobierno por decreto de Septiembre de 1840 embargó todos los bienes y acciones de los llamados *Salvajes Unitarios*. Durante el embargo, el Gobierno recibió las rentas de las fincas y disponía de las haciendas embargadas para las necesidades del Estado. Pasados algunos años se desembargaron muchas propiedades de individuos que a la fecha del embargo tenían créditos en plaza. Los acreedores se presentaron cobrando el capital y los intereses, y nació la cuestión *"Si las personas cuyos bienes habían sido embargados en 1840 debían o nó intereses de sus deudas por el tiempo corrido durante el embargo"*. Yo defendí a los embargados. Después de consignar el capital debido, hice el escrito siguiente sobre los intereses. Las circunstancias exigían la mayor medida y prudencia en la materia.

* * *

La deuda que se cobra no procede de contrato alguno, ni hay sobre ella convenio por parte del demandado. Está pagada la cantidad escrita en la obligación; es decir, devuelto otro tanto del dinero que fue prestado. La demanda pues no tiene por objeto el cumplimiento de algún contrato, o la realización de alguna condición penal en que se hubiere caído. Ella solo se entabla por la

* Fue publicado por primera vez con el mismo título en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VI, Buenos Aires, 1871, pp. 241-262; y reproducido en *Dalmacio Vélez Sársfield, Político y Jurista. Escritos y Discursos*, precedidos de un "Elogio" por el Dr. E. Martínez Paz y de un ensayo sobre "La estirpe intelectual de Vélez" por el Dr. E. Ruiz Guiñazú. Buenos Aires, 1927, pp. 265-284.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

retardación en la devolución de la suma prestada, cosa distinta en su objeto y en sus efectos de las acciones que daría la inejecución de un contrato. El contrato está cumplido, devuelto el dinero prestado, pagada la deuda. ¿Cuál es pues el origen del crédito que se reclama? ¿Cuáles son las acciones que tiene el que ha sufrido retardo en la devolución de la cantidad que prestó?

El socio que no pone el capital al tiempo convenido, o que emplea el capital de la sociedad en usos propios; el mandatario que detiene en su poder el dinero que se le dio para ejecutar el mandato; el gestor de negocios que administra caudal ajeno; el comprador que ha recibido la cosa comprada y no entrega el precio; el tutor que llegado el tiempo de entregar al menor sus bienes no lo hace y los conserva en su poder; y el deudor al Fisco que no paga lo que debe, son gravados por las Leyes con los intereses de los capitales, aunque no haya contrato ni tardanza culpable en la entrega de lo que deban. Estos son los intereses que se llaman de Ley. Pero en el caso de la cuestión, mero mutuo entre personas no privilegiadas, no se puede pedir intereses por la naturaleza del contrato, ni por privilegio del crédito. Esas excepciones que ha creado el derecho a favor de determinados contratos, o personas, prueban que en los demás, cuando no hay mora por parte del deudor, no se deben intereses por la tardanza inculpable en el pago.

Los intereses, o son por el contrato, por la Ley, o meramente personales y moratorios. Es decir, no debiéndose por el contrato, ni por la Ley, pueden deberse sin embargo por la equidad, *ex officio judicis*, cuando el deudor ha sido constituído en mora. Pero esta circunstancia no podrá objetársemе cuando no he podido disponer de mis bienes; aun más, cuando no he debido ni podido pagar legalmente a nadie. La equidad, por otra parte, reclama contra esa creación involuntaria de una deuda, como la de los intereses, que yo no podía evitar, la cual trae un nuevo y sucesivo gravamen a hombres ya bien desgraciados para proporcionar a otros una ganancia. No había, pues, por mi parte, mora en la entrega del dinero que debía, porque mora en el derecho es solo la injusta dilación del pago. *Sciendum est*, dice la Ley Romana, *non omne quod differendi causa fiat morae adnumerandum, si modo hoc ipsum non fraudandi causa simuletur.*[1] Solo el deudor moroso debe intereses, y no el que inculpablemente no paga lo que debe al tiempo convenido. ¿Necesitaré fundar esta proposición en otros principios que en los de simple

[1] L. 21, tít. 1º, lib. 22, Dig.

razón? Para los jueces la inculpabilidad del deudor en la inejecución o tardía ejecución de los contratos, es la base principal de sus resoluciones. ¿A qué sería condenado el deudor fraudulento que no paga sus créditos al tiempo debido tan solo por estar lucrando con el dinero ajeno? ¿Cuál sería la resolución de los Tribunales si se les presentara un tutor que de mala fe retuviera el dinero de sus menores? ¿Qué resolverían en el caso que un consignatario se apropiara los fondos de una consignación? Mandarían sin duda volver los capitales con los intereses reglados por Ley. ¿Cómo entonces igualar el deudor moroso, el deudor fraudulento con el hombre infortunado que en un día se ve privado de sus bienes por la autoridad pública? Esta sola consideración bastaría para reglar los autos de los jueces conforme a las causas que hubieran motivado la tardanza en el pago al tiempo convenido. Echese la vista por todos los actos humanos que pueden traer contestaciones entre los particulares, y jamás se hallará que las mismas consecuencias deba sufrir el que por fraude o culpa deja de entregar lo que debe, que aquel a quien una desgracia, un naufragio, imposibilita de cumplir con lo que hubiese prometido.

Partiendo de un tal principio las Leyes de los pueblos más ilustrados antiguos y modernos han determinado que sólo la tardanza culpable cause los intereses. Los D. D. de la Jurisprudencia, tal vez sin excepción alguna, han enseñado lo mismo ahora y en todo tiempo. Se ha tratado siempre de los intereses moratorios, lo que sería inútil si ellos hubieran de deberse habiendo o no mora en el pago de las deudas. El Tribunal me permitirá recorrer las disposiciones del Derecho Patrio, las del Derecho Romano, y del Código de la Francia.

La Ley Romana abrazó en sus determinaciones los contratos y personas que no eran privilegiadas en el derecho y dispuso generalmente, *in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur,*[2] lo cual da la regla en contrario, que no habiendo mora por parte del deudor no le corren intereses por la tardía ejecución del pago. Sobre ese principio de Derecho Civil corre la legislación romana en todo el tratado de *usuris*, y desciende por ésto a tratar en el mismo título de la mora o tardanza culpable, ejemplarizando con casos supuestos en los contratos, legados o fideicomisos.

El Código Francés destina una sección a esta materia. *De las indemnizaciones e intereses resultantes de la inejecución de*

[2] L. 32, tít. 1º, Lib. 22, Dig.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

una obligación. En su primer artículo que es el 1.146 del Código manda *"Las indemnizaciones e intereses no son debidos sino cuando el deudor se ha constituído en mora de cumplir con su obligación"*.

El artículo 1148 dispone: "No hay lugar a indemnizaciones e intereses, cuando a causa de una fuerza mayor, o de un caso fortuito, el deudor ha sido impedido de dar o de hacer lo que él estaba obligado, o ha hecho lo que le estaba prohibido".

Discutiéndose en el Consejo de Estado el título de letras de cambio, se llegó al caso, que el tomador de la letra hubiera sido impedido por una fuerza mayor o caso fortuito de presentarla al tiempo debido, quebrando en el entretanto la casa pagadora, y perdiéndose la provisión sobre la que se había girado. Bastó a juicio de aquellos jurisconsultos la inculpabilidad del tomador de la letra, para no hacer que ella fuese perjudicada de su cuenta, y se dejó este caso al arbitrio de los Tribunales para que lo decidieran según las circunstancias del negocio. [3]

Cuando cito estas expresas disposiciones de la Legislación de Francia, debo decir que aquel Código en las Leyes sobre la materia de obligaciones siguió exactamente el texto romano, y las doctrinas generales sin variar un ápice de lo que hasta entonces era reconocido como principios de derecho. Las resoluciones de estos dos Códigos que han regido a la Europa desde los tiempos más antiguos hasta el presente, deben ser del mayor peso para los señores jueces, tanto más cuanto que en ninguna de nuestras Leyes se hallará dispuesto lo contrario, ni se verá en ellas gravado con intereses sino el deudor moroso. Yo las recorreré en los contratos, testamentos, actos y obligaciones judiciales.

Comenzaremos por los contratos en general, por las obligaciones a día cierto o sin plazo determinado. La Ley 35 Tít. 11. P. 5 dice así "Otrosí decimos que si aquel que fizo la promición non señaló día cierto en que la debiese cumplir; e después de ésto el otro le demandase en tiempo convenible, o en lugar girado que le cumpliese aquéllo que le havía prometido, *e non lo quisiese cumplir pudiéndolo fazer, o seyendo tanto tiempo pasado que lo pudiera fazer si quisiese que de allí en adelante* sería tenudo de le pechar la pena. Otrosí decimos que faciendo algún home pleito de dar o de facer alguna cosa non señalando día cierto a que lo debiere cumplir, ni obligándose a pena ninguna, que si tanto tiempo dejase pasar el que fizo el prometi-

[3] Locré, Esprit du Code de Comm[e], pág. 257 a 270.

miento como éste *en que lo pudiera cumplir si quisiere o fincó por su negligencia que lo non quiso fazer*, que de allí adelante que él puede demandar lo que le fuese prometido con todos los daños e los menoscabos que recibió por razón que non cumplió aquello que prometió".

La condición penal, pues no tiene efecto cuando inculpablemente no se ha cumplido con el contrato, cuando no se ha pagado al tiempo convenido. Tampoco se deben intereses según dicha Ley, sino cuando fué por voluntad o negligencia del deudor que quedó sin cumplirse el contrato.

Sigue la Ley 37 hablando de las obligaciones penales y dice así: "Fiando un ome a otro en juicio prometiéndole o obligándose a traerle a Derecho a cierto día bajo cierta pena, decimos que si fuese embargado de algún embargo derecho, porque non lo pueda aducir así como enfermedad ó por avenidas de río, o por otro embargo semejante de éstos, que non es tenudo por ende de pechar la pena. E debelo aducir a derecho luego que fuese libre de aquel embargo. Eso mismo decimos que sería si alguno de los Judgadores de avenencia mandasen a alguna de las partes que fiziese alguna cosa a cierto día et so cierta pena. Ca si a alguna de las partes aviniere embargo derecho por el que non lo pueda fazer, no cae en la pena, queriéndolo fazer, al más aina que pudiese lo que él fue mandado".

Iguales principios existen en las obligaciones a día incierto. La Ley 15 del mismo título manda así: "E aun decimos que cuando algun ome promete á otro de dar, o de fazer tal cosa non señalando en qué razón nin en cual día; obligándose que si ésto non diese o non fiziese, que pecharía por pena tantos maravedíes, ó tal cosa, entonces se debe entender, que se puede demandar la pena cuando aquel que fizo la promisión *pudiera dar o facer lo que prometió é non quiso*, seyendole demandado en juicio".

Resulta, pues, del texto de esta Ley que la imposibilidad inculpable de cumplir la obligación que se ha contraído expresa y determinadamente, excusa su inejecución. ¡Con cuánta más razón lo que no está estipulado, como los intereses que se demandan! En los contratos sobre especies determinadas, la imposibilidad de la entrega excusa de la mora según la Ley 18 Tít. 11. P. 5. El Señor Gregorio López al comentar la Ley citada, después de establecer que el deudor de cosa cierta, o de un hecho es excusado de la mora por la dificultad en cumplir con el contrato, pónese en nuestro caso y resuelve la cuestión, *sed an excuset debitorem quantitatis? Mihi satisplacet quod dixit Joannes*

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de Imol. quod si debitor quantitatis fecit quantum potuit ut solveret vel explered id ad quod tenebatur quod tunc casus superveni en bene excuset eum a mora... quod debet intelligi quando difficultas est tanta quod assimiliatur casui fortuito.

En mi caso la dificultad ha nacido de un embargo general de mis bienes, que por sí llamaba a mis acreedores a que concurriesen a la autoridad que disponía de ellos.

Tomemos los contratos en particular.

En los contratos innominados solo por razón de engaño pueden pedirse intereses como lo declara la Ley 5. Tít. 6. P. 5. El depositario de mala fe que negare el depósito, si se le probare, es condenado a devolverle con las costas, daños y menoscabos que el deponente hubiere hecho.[4] Sólo en la violación del contrato más sagrado, la Ley impone la obligación de los intereses al deudor del depósito que de mala fe lo negare; ¿y ésto es lo que se pide para personas que no niegan una deuda que solo procede de mutuo; que la reconocen y pagan, y que si han tardado en hacerlo, era sólo porque la autoridad pública les privaba de sus bienes?

En dicho contrato de depósito la impotencia de volver la cosa, o cantidad depositada excusa de la obligación de entregarla.[5] En el comodato, el comodatario queda libre de la restitución de la cosa prestada cuando ha perecido antes de constituirse en mora.[6]

En el contrato de compra y venta, la legislación es singular. Los intereses no nacen necesariamente por la tardanza del comprador en pagar el precio, sino del goce que él tiene de la cosa, por aquella regla de equidad que no permite que se tenga a un tiempo el goce de la cosa y el goce del precio.

La Ley Romana decía *Quum re emptor fruatur aequisimum est, eum usuras, pretii pendere... hoc enim solum espectare debemus an habeat facultatem fructus percipiendi.*[7]

Siempre el derecho civil quería que se atendiera, si el comprador había podido usar de la cosa comprada. Estos mismos principios pueden por razón inversa aplicarse al caso en que yo me he hallado sin gozar de mis propiedades, y sin poder gozar

4 L. 8, tít. 3º, part. 5ª.
5 L. 4, íd.
6 L. 3, tít. 2, part. 5ª.
7 L. 13, § 20 y 21, Dig. de act. emt.

de ninguna de mis acciones respecto a la generalidad de mis bienes.

En todos los demás contratos, en lo principal de la materia de ellos, los daños y perjuicios solo se deben cuando ha habido mora en su ejecución, o no han sido ejecutados por culpa o dolo de alguno de los contratantes. Así lo dispone la L. 20. tít. 13. P. 5. respecto de la prenda. Las leyes 7. y 8. tít. 8. P. 5. en los arrendamientos. La L. 18. tít. 11 y 9. tít. 14. P. 5. para todas las obligaciones de cosas ciertas. La L. 41 tít. 9, P. 6. para la entrega de los Legados, y los artículos 8. 9. y 10. Cap. 18 de las Ordenanzas para los fletamentos. Esas disposiciones para lo principal valen respecto a lo accesorio, respecto a los intereses por la inejecución o tardía ejecución de los contratos.

En los testamentos, al heredero que reconoce deber pagar un legado, si no lo pudiere hacer por un caso fortuito o fuerza mayor, no le corren intereses, y *el Juez* dice la Ley *ante quien es fecha demanda en esta razón debe dar plazo guizado á que le dé.*[8]

Lo mismo en los actos judiciales, en los intervalos del Derecho, y en las obligaciones impuestas por los jueces.

El que no puede cumplir con los emplazamientos de los jueces, su falta de comparecencia no le hace incurrir en pena y a más, la Ley ordena que por ello no le venga daño alguno.[9]

Dicha Ley pónese en el caso de prisión, cuando una culpa en extraño asunto haya motivado su encarcelación, y sin embargo desde que ella no es directa al asunto de que se trata, ningún perjuicio le causa la tardanza que su prisión ocasionó en cumplir la orden de los jueces.

El término de apelación aunque fatal no corre al impedido de apelar como lo manda la L. 11. tít. 3. P. 3. ni aún cuando el impedimento fuese por destierro o prisión que se le hubiese impuesto por delito propio. *Otro tal decimos* ordena la Ley citada, del que fuese desterrado o metido en prisión por yerro que oviesse *fecho*. O bien fuese la fuerza de la naturaleza o de los hombres, como si lo detuvieran ríos, nieves o enfermedades o bien ladrones o enemigos suyos.[10]

Respecto a las obligaciones judiciales pondré sólo un caso de la Ley suficiente para decidir la presente cuestión. "Excu-

8 L. 38, tít. 9, part. 6ª.
9 L. 11, tít. 7, part. 3ª.
10 L. 12, íd.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

sada, dice la L. 34 tít. 4. P. 3., debe ser la parte de non caer en la pena, que prometió cuando metieron el pleito en manos de avenidores maguer non obedeciese el mandamiento o el juicio dellos. E sería entonces cuando non pudiese cumplir su mandato por embargo de gran enfermedad que él acaeció en aquella sazón, o si le aviniese algún embargo otro cualquiera por ocasión que lo embargare de lo cumplir, tal que entendiesen que era derecho para excusarle. Empero si después que fuese librado de cualquier de los embargos sobredichos non quisiere cumplir el mandamiento caería en la pena".

Cuando hablo de obligaciones judiciales debo recordar a los señores jueces que ellas son más estrictas e inviolables que las obligaciones que imponen las Leyes. *Esto tuvieron por bien los sabios antiguos, dice la Ley. 33. tít. 4. P. 3, porque más fuerte cosa es despreciar el mandamiento de los Judgadores que el de la Ley porque judgan, porque más ligeramente puede ome estorcer de la pena de la Ley cuando cayere en ella que de la que ponen los Judgadores en su juicio.*

Pero no solamente no he podido disponer de mis bienes, sino que no he debido ni podido pagar legalmente a nadie; ni he podido tampoco crear una nueva deuda que me gravase a mí o al Gobierno que había sucedido en mis derechos. Diré más, que la mora, la tardanza en el pago ha sido por negligencia del acreedor. La letra del decreto de Septiembre hará ver cuál era la posición legal de las personas embargadas. Es la siguiente:

Art. 1º Se declaran especialmente responsables los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones de cualquier clase que sean en la Ciudad y Campaña, pertenecientes a los Traidores Salvages Unitarios a la reparación de los quebrantos causados en las fortunas de los fieles federales por las hordas del desnaturalizado traidor Juan Lavalle, a las erogaciones extraordinarias a que se ha visto obligado el Tesoro público para hacer frente a la bárbara invasión de este exceerable asesino, y a los premios que el Gobierno ha acordado en favor del Ejército de Línea y Milicia y demás valientes defensores de la Libertad y dignidad de nuestra Confederación y de la América.

2º El que dispusiere del todo o parte de sus bienes, o bien hipotecándolos, traspasándolos, cambiándolos, simulándolos, ocultándolos, o obligándolos de cualquier manera que tienda a enagenarlos con perjuicio de la responsabilidad a que son afectos por el art. anterior, será castigado con la pena discrecional que juzgare el Gobierno y el individuo que resultare cómplice o se

prestase a alguna simulación u ocultación del todo o parte de los bienes de algún Salvaje Unitario después de incurrir en la pena de cantidad igual a la que fuere materia del contrato incurrirá en las Discrecionales que el Gobierno considere deber imponerle según el caso.

3º Ningún escribano podrá otorgar escritura alguna de venta, hipoteca, traspaso, cambio, ni obligación alguna de cualquier especie tendiente a enajenar, simular, ocultar o frustrar directa o indirectamente los efectos del artículo primero. El que lo hiciere después de sufrir para siempre la pérdida de su oficio y de otro tanto a que ascendiese la cantidad del fraude en que se le aprehendiera, será castigado con otras penas arbitrarias, según las circunstancias del caso; y la escritura será absolutamente nula y de ningún valor ya sea por venta, hipoteca, traspaso, convenio u obligación alguna sea de la clase que fuere.

4º Lo ordenado en el artículo anterior a los Escribanos Públicos debe entenderse igualmente respecto de los corredores.

5º Los Tribunales de Justicia y Jueces de Paz de la Ciudad y Campaña son inmediatamente responsables de cualquiera contravención que autorice en la Administración de Justicia en oposición a lo prevenido en el artículo primero, o de que no den cuenta a la autoridad".

Yo no podía pues obligar, traspasar ni hacer ningún género de enajenación de mis bienes, o de mis acciones, lo cual en el derecho importa prohibición de pagar, porque ningún pago puede hacerse sino dando alguna cosa o cantidad propia del deudor. Poder pagar es poder disponer de lo suyo hasta la cantidad que se debe; interdicción en el uso de los bienes, comprende todo género de enajenación si no hay especialmente alguna exceptuada. El distracto sigue las reglas del contrato, y el que no puede obligarse no puede desobligarse. El rol de acreedor y deudor es igual en el contrato y en la liberación, y así como no puede pagarse al acreedor que ha sufrido algún cambio de estado, que de hombre *sui juris* se ha sujetado a una *patria potestad*; así como no puede pagarse al acreedor que está bajo una acusación que trae consigo la pérdida total de sus bienes [11] así también el deudor que es privado del uso de sus acciones y bienes no puede hacer pago alguno. No creo que me será preciso ocurrir a los libros elementales de Jurisprudencia para sostener, que sólo aquél puede legalmente pagar, que puede enajenar sus bienes. El pago

11 L. 5, tít. 14, part. 5ª.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

consiste en la dación o traslación de la cosa o cantidad que se debe; de donde se sigue que para que el pago sea lícito, para que se diga que un hombre pueda o deba pagar es preciso que sea una persona capaz de transferir la propiedad de la cosa o cantidad que se le cobre. Pago ilícito sería el que se ejecutase por una persona incapaz de enajenar por un defecto personal. Así es que no es válida la paga hecha por una mujer casada sin licencia del marido, o por un menor, o por cualquiera otros de los que no tienen libre administración de sus bienes.[12] El mismo autor de sus Pandectas ordenando y explicando el título de la paga *de solutionibus,* pregunta ¿quiénes pueden pagar? y responde los que tienen derecho de enajenar sus bienes *¿quis solvere possit? solvere non potest, nisi is qui jus alicuandi habet*, y sigue comprobando este principio con cincuenta textos del Código que va explicando.[13]

Luego yo estaba bajo la prohibición expresa de no hacer pago alguno; y por consiguiente no había mora en no hacerlo.

Pero el decreto de Septiembre no sólo comprendía una prohibición de enajenar y por consiguiente de pagar, sino que la autoridad pública declaraba haber un crédito contra los embargados a favor del Fisco, crédito que yo ni aún los Jueces podrían hacer que algún otro le precediese en su satisfacción.

El camino sencillo que se presentaba, el que era únicamente de derecho y salvaba todos los inconvenientes era ocurrir al Gobierno, por el pago de lo que se debía como lo hicieron otros acreedores; pero ese silencio de años para crearse una fuente oculta de intereses, si es que pensaban cobrarlos, arguye, o un descuido culpable en el acreedor, cuyas consecuencias él sólo debe sufrir, o una meditación, un cálculo reprobado de sus conveniencias, para no correr los peligros que lleva la colocación sucesiva de los capitales a intereses, y cobrar de los restos de la fortuna del deudor largos atrasos creados por su sola negligencia. Las Leyes en casos tales, cuando no se han cobrado intereses por largo tiempo, o porque se cree molesto hacerlo, o por congratular al deudor, los juzgaban remitidos. *Parum juste,* decía la Ley Romana, *praeteritas usuras petis quas omisisse longit temporis interesses petendas non putasti.*[14]

Veamos la materia por otro aspecto.

[12] Pothier, De oblig., nº 495.
[13] Ad lib. 46, tít. 3º, Dig.
[14] L. 17, tít. 1º, § 1º, lib. 22, Dig.

El embargo que se puso en la generalidad de mis bienes me privaba de los derechos del dominio en ellos. No era meramente un embargo, sino una confiscación temporal, pero efectiva. El Gobierno disponía de mis propiedades para las necesidades públicas y recibía las rentas de las fincas que yo tenía en la Ciudad. Sucediendo él así en mis derechos, yo dejaba de ser el deudor y él cargaba con los créditos como había cargado con mis bienes y acciones. Este era el caso del deportado en Roma y del emigrado en Francia que cesaba en ese momento de deber, y cuyos créditos la Ley transfería sobre el Gobierno, que había secuestrado sus bienes. Abundan los ejemplos del caso en que yo me he hallado y abundan las Leyes sobre la materia.

La Ley 2ª del Digesto de *Capitis minutis,* hablando del edicto del Pretor que concedía acción contra aquellos que hubieran padecido algún cambio de estado por las obligaciones que ellos antes hubiesen contraído, dice que esta disposición no comprende sino los cambios de estado que dejan intacto el derecho de ciudad, y que con respecto a los cambios de estado que llevan consigo la pérdida del derecho de ciudad, no pueden ya ser demandados por sus deudas anteriores, y que sus acreedores tienen sólo acción contra aquellos que tomaron sus bienes. "Pertinet hoc Edictum ad eas capitis diminutiones quae salva civitate contingunt; caeterum, sive amissione civitatis, sive libertatis amissione, contingat capitis diminutio, cesabit Edictum; neque possunt; hi penitus conveniri; dabitur plane actio in eos ad quos bona perveneorunt eorum".

La Ley 47 Dig. de *fidejussoribus* decide que si un deudor es condenado a la deportación, nadie puede afianzar sus deudas, porque ellas se han extinguido; "Si debitori deportatio irrogata est non posse pro eo fidejussorem accipi, scribit Julianus, quasi tota obligatio contra eum extincta sit".

Godofredo en su nota sobre este texto dice: "Deportatus creditoribus obligari desinit; ideoque, deportatus, pro debito deportationem antecedente fidejusorem inutiliter dare inteligitur cum eo casu fidejusor obligationi extinte accederet".

La Ley 14 S 1º Dig. de *novationibus* después de haber decidido que una deuda condicional es susceptible de novación, pero que la novación no tiene su efecto sino después del cumplimiento de la condición que mantiene en suspenso la deuda, añade, que si antes del cumplimiento de la condición, el deudor condicional llegase a ser deportado, la novación quedará como no sucedida aún cuando la condición llegase después a cumplirse porque *dice*

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

dicha Ley, que habiéndose extinguido la deuda condicional por la deportación, no hay persona obligada en el momento que la condición se cumple". E ideo, si forte persona promissoris, pendente conditione, fuerit deportata, Marcellus scribit ne quidem existente conditione, ullam contingere novationem, quoniam nunc extitis conditio non est persona quae obligatur.

La Ley 3ª Dig. de *Sententiam passis et restitutis* es aun más positiva. Ella prevee el caso en que el Gobierno amnistíe a un deportado sin volverle los bienes, y dice que los acreedores del deportado por causas anteriores a su deportación, no recobran por la gracia que el Príncipe le ha hecho, las acciones que ellos tenían antes contra él, y de las cuales, la deportación lo había librado. "In insulam deportati bona Fiscus, poena remissa retinuit creditores ex antegesto non habere, cum eo qui debitor quondam fuit, actiones constitit".

Sobre estos principios Thertio en su obra *Dissertatio seu satura reum quae d jus spectant singularum* Cap. 5, decide un caso en que fue consultado. Que un negociante de Florencia condenado a la pena de confiscación general de sus bienes ,habiéndose refugiado al reino de Nápoles, y ganado allí por su industria una nueva fortuna, no podía en ese país ser demandado por los créditos que tenía en Florencia antes de su condenación. "*Mercuris mercatoris Florentini bona a magno duce confiscatur. Is adhuc in regnum Napolitanum se confert, et, uterat callidus, breviluculentas divitias corrodit, convenitur igitur hic a creditoribus ob aesalienum quod Florencie contraxerat, is contra se amplius teneri negat: nostro judicis recto*".

La Ley 2ª del mismo título aún exigía que todos los bienes del deportado le fuesen devueltos, para que sus acreedores pudiesen usar de las acciones que tenían antes del embargo, es decir, las acciones de entonces, lo que podrían cobrarle antes de ser deportado. "*Si deportatus restitutus dignitatem indulgentia Principis, recuperaverit, in sua autem omnia bona non est restitutus; nec á creditoribus, nec publico nomine conveniri potest. Sed quum ei facultas oblata esset á principe, bona quoque sua recuperandi, maluerit ea derelinquere, actionibus exuere se quibus ante sententian subjectus erat, non poterit*".

Así es que era un principio entre los Romanos, que las acciones comenzaban sólo desde el día en que la Autoridad pública había devuelto sus bienes al que se los había embargado. "*Princeps bona concedendo videtur etiiam obligationes concedere*" *I. 21. Dig. de verb. signif.*

El Código explicó claramente la Ley 2ª citada del Digesto, y en él se ordena, que si todos los bienes del proscripto le son restituidos, se restituyen también todas las acciones que había contra él al tiempo del embargo; que si sólo se le restituye una cosa determinada, *veluti domus illa et ille fundus dicente Principe, restituo te civitati et dignitati et illis aedibus et illi fundo quem possedisti pridem ante damnationem, actiones ex ante gesto ei vel in eum nullae competunt, sed Fiscum sequentur ad quem bona pervenerunt.* Si una sola parte de sus bienes se le restituye *nunc pro ea parte quae restituitur ei et in eum competunt pristinae actiones.*

La Ley 3ª de *Sententiam passis et restitutis, cod,* reúne todas estas disposiciones. "Si debitor poenam sententiae passus est quam bonorum ademptio secuta est, quamvis postea civitati Ramanae restitutus non totam substantiam, sed aliquid ex indulgentia Principis ut haberet, impetravit, aeris tamen alienae ex precedente tempore pena liberatus est, si vero partem bonorum accepit, pro rata portione ejus tenetur". [15]

Todas estas decisiones reciben una aplicación directa y completa al embargado por el Decreto de *Septiembre.* El secuestro comprendía todos los bienes y acciones que de hecho no fuesen embargados, porque era privado de toda disponibilidad. Era muerto civilmente en sus derechos, en sus acciones, en sus créditos, y el Gobierno era su sucesor Universal desde que había tomado la Universalidad de sus bienes, aún de aquellos que él no conocía a la manera del heredero ordinario sobre quien la Ley traspasa toda la sucesión, pero también le grava con todas las deudas. Esta era la resolución expresa de las LL. Romanas (L 128 Dig. de verb. signific. y Godofredo á dicha Ley, y a la 2ª Cod ad Ley Jul. de vi pub. nota 23) y no era preciso para investir el carácter de sucesor del deudor que hubiera habido una confiscación general. El fisco respondía de las deudas en proporción a la parte de los bienes del deudor que hubiera tomado. El Código pone el caso de un tutor que hubiera incurrido en la pena de la Ley Julia de *vi privata,* y que en virtud de ella se hubiera confiscado el tercio de sus bienes; y decide que la acción de tutela debe dirigirse contra el fisco en aquella proporción en que sucedió al deudor, tutoris sui Lege Julia de privata damnati, si tertia pars bonorum fisco vindicata est tutelae actiovinem pro ea portione adversus fiscum dirige, nam successio pro oneribus portione suae respondet. [16]

15 *Vide Cujas,* Resp. pap., lib. 16 e d. 3ª.
16 L. 2, Cód. ad Leg. Jul. de vi priva.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Esto mismo vería el Tribunal que está mandado por una Ley expresa de nuestros Códigos que luego citaré.

El embargado pues era personalmente libre respecto de sus acreedores desde el día del embargo, como en Roma lo era el proscripto respecto de los suyos cuando había sufrido la muerte civil. Luego no debe intereses por el tiempo corrido durante el secuestro.

La Legislación Francesa siguió a la letra las Leyes Romanas cuando se embargaron y confiscaron los bienes de los emigrados a fines del siglo pasado. Hecho el embargo se creó una caja de secuestros y allí se depositaban los productos de las rentas de los bienes embargados y el de las deudas a su favor. Se llamaba a los acreedores de las personas embargadas, se liquidaban sus créditos, y se inscribían sobre el gran libro de la deuda pública. Desde entonces los acreedores de los emigrados no tenían nada que pedirles, y sucedía una delegación forzada de deudores siéndolo el Fisco de los créditos que gravaban al embargo. Los acreedores ocurrían con sus inscripciones y eran pagados con los depósitos de la caja de secuestros.[17] Sucedía que muchos acreedores no querían entenderse con el Fisco, o esperando la vuelta del antiguo orden, o porque eran pagados tardíamente, o con asignados que ya sufrían una gran depreciación. El Gobierno entonces mandó que los que no habían ocurrido a liquidar sus créditos, como los que hubieran sido pagados con inscripciones cualquiera que fuera su valor en asignados, no podrían después de la reintegración del deudor en sus derechos civiles, volver contra él y perseguir los bienes que podrían haberle quedado. Para cortar en fin toda cuestión se dió la Ley de 1º de Florial año 3º la cual en su primer artículo declara a la Nación deudora de los créditos de las personas embargadas, su letra dice así: "Les créanciers des Émigrés sont déclarés créanciers directes de la République, excepte les émigrés en faillite ou notiriement insolvables".[18]

Aunque en esta Provincia no se ha dado una Ley expresa sobre la materia puede decirse que los acreedores de las personas embargadas podían usar de los medios que el acreedor del emigrado en Francia, y que se hallaban bajo la delegación de derecho que la ley había causado por el embargo general de bienes y acciones. Hasta la caja de depósitos donde iban los productos de los bienes embargados parece igual o semejante a la caja de secuestros de Francia. Por su parte el Gobierno, si no ordenaba

17 MERLIN, qq. verb. confisc.ⁿ, § 1º y Emig.ⁿ, § 8.,
18 MERLIN, qq. verb. emigrac.ⁿ, § 2º.

liquidar y pagar los créditos de los embargados de una manera general, lo hacía en cada expediente particular, pasándolo a los Jueces Ordinarios para que legitimada la acción ordenasen el abono de las deudas, como se ha hecho en innumerables casos.

Pero sobre todo, el decreto de Septiembre no derogó ninguna Ley existente sobre la materia y desde entonces, si la Autoridad pública ocupaba y disponía de los bienes de los embargados, era con el cargo que le imponía la Ley de Partida de pagar las deudas de las personas confiscadas; de representar al deudor; de ser el Fisco a quien deba demandarse, *ca bien asi como le place de haber sus bienes, dice la Ley, así debe sufrir el embargo o la carga que le viniere por razón de ellos.* Yo pondré a la letra la Ley de que hablo por ser su decisión tan terminante en la materia. Hablando de los religiosos, y ordenando que no se debe demandar a ellos sino a sus mayorales, continúa así: "Eso mismo decimos, que debe ser guardado cuando el Rey o otro por él tomare los bienes de algunos por razón de yerros que ovieren fechos, o después viniesen otros a facerles demanda sobre ellos por deuda que les deben ante que aquel mal ficieren. Ca sobre tal razón como esta bien pueden facer demanda al Rey o al otro que tuviere aquellos bienes por él fasta la cuantía que fuere probado que de ellos hubo. Pero si la deuda fuere menor que los bienes, lo demás debe fincar al Rey, e si fuere mayor non es tenudo de pagar si non fasta aquella cuantía que recibió. L. 10. tít. 2. P. 3.

Los fundamentos y las resoluciones de esta Ley se encuentran repetidos en la L. 2. tít. 2. P. 7. y L. 29. tít. 33. P. id. (19). Guiada por estos principios, la Casa de Moneda acreedora a diversas personas embargadas, ha tomado una resolución general, declarando que ella no cobrará intereses a los deudores por el tiempo que sus bienes hubiesen estado embargados, y así lo practica actualmente. El Tribunal puede cerciorarse de ello pidiendo, si lo creyere conveniente, el competente informe. Este grande ejemplo de equidad y de razón de un establecimiento como el antiguo banco, es una elocuente lección que el Tribunal confirmará, sin duda con su fallo.

Por lo tanto, puedo concluír que yo no era el deudor de la

19 A la expulsión de los moriscos en España en 1610 se publicó el bando de 17 de Enero de aquel año confiscando en la Extremadura todos los bienes de ellos como criminales de lesa magestad. Sin embargo, Felipe IIIº ordenó por diversos rescriptos a los Tribunales de Justicia, que de dichos bienes confiscados se pagaran primero las deudas, y así se ejecutó. Véase a Carl. tít. 2º Disp. 7, 1º número 50. que dice haber sido uno de los Jueces que así lo ordenó.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

obligación por la cual se cobran intereses, y que así ellos no pueden pedírseme por el tiempo en que mis bienes y acciones estuvieron secuestrados, que no ha estado al albedrío del acreedor dejar para cuando él quisiera la cobranza de lo que se le debía con la esperanza de la creación de nuevas obligaciones que con nadie se contrataban; que aunque yo fuera el deudor durante el embargo de mis bienes, la autoridad competente prohibiéndome enajenar bienes y acciones, me ordenaba por ésto no hacer pago alguno, pago que ni los Jueces podían mandar desde que había un crédito fiscal que no estaba determinado en sus cantidades, y era de prelación a todos los otros personales; que en tal caso la prohibición de pago por la autoridad competente me exime de las consecuencias del protesto hecho después del embargo de mis propiedades; y en fin que la tardanza en la ejecución oportuna del contrato desde que ella ha sido por una fuerza superior, no me constituye en mora ni me obliga a la satisfacción de intereses o indemnizaciones de algún género.[20]

[20] Autores que sostienen las doctrinas expuestas:
CARLEVAL, tít. 2º, Disp. 1ª, nº 50.
CUJACIO, a más del lugar citado, en el tom. 4º, pág. 226.
LE CLERCQ, tom. 4º, pág. 31 y 37.
VOET, tom. 4º, pág. 582 y 83.
OLEA, tít. 3º, quest. 9, nº 7.
VALENCIA, Ilustrium juris tract. 4º, Cap. 9, desde el nº 6 y al tít. *Dig. de adquirend.* hered, cap. 3º, nº 20.
FARINACIO, DEDICTIS, quest. 25, Nº 169.
D'ESPEISSES, tom. 3º, pág. 144, nº 19.
GUTIÉRREZ, qq lib. 5º, quest. 53, nº 5º.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

II

CAUSA DE LOS SEÑORES JUANICÓ *

[SOBRE POSESIÓN DE HERENCIA, 1846]

Don Francisco Juanicó falleció en Montevideo en 1846 dejando dos hijos, Don Carlos y Don Henrique, de su matrimonio con Doña Juliana Tegeria, que había muerto ocho años antes. Don Francisco y su mujer no habían testado. Entonces previéndose las cuestiones que vendrían, pedí por Don Cándido y Don Henrique la posesión hereditaria de los bienes quedados por muerte de sus padres, que ascendían a más de trescientos mil patacones. Esta posesión se consiguió sin dificultad. Sabiendo luego en el Janeiro la muerte de don Francisco Juanicó, Doña Carolina Juanicó, mujer del Teniente General Callado, se presentó por poder en Montevideo pidiendo también la posesión hereditaria. Ella se decía hija legítima de don Francisco Juanicó y de Doña Juliana Tegeria, pues alegaba que era hija natural de ellos legitimada por subsiguiente matrimonio; y tenía a su favor las declaraciones de los padres y todos los actos de posesión de estado, hasta haber recibido cantidades considerables a cuenta de la herencia materna. Yo contesté su solicitud por el escrito que sigue. En él están transcriptos los asientos parroquiales, y las declaraciones de los padres de ser hija natural de ellos antes de contraer matrimonio. Don Francisco Juanicó que en verdad era su padre había conseguido que su mujer Doña Juliana Tegeria lo firmase así, cuando en realidad no era su madre. Había otro her-

* Fue publicado por primera vez bajo el título "*La posesión de herencia*", en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VI, Buenos Aires, 1871, pp. 353-404, con breve introducción de José María Moreno, añadiéndosele algunas notas y un sumario. De esta misma manera fue reproducido en *Dalmacio Vélez Sársfield, Político y Jurista*... cit., pp. 302-349.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

mano Don Carlos hijo también natural de Don Francisco del cual hablan los asientos del cura, pero este señor no se presentó en el Juicio.

* * *

La Constitución de Justiniano que vino a ser la Ley 3, tít. 33, lib. 6 Cód. supone para conceder el derecho de ser puesto en la posesión de los bienes que hayan quedado por la muerte de alguno, supone, digo, la institución de un heredero, y que la prueba de ello esté dada; es decir presentado el Testamento; y que él no tenga vicio alguno... *Si quis, dice, ex asse vel ex parte institutus competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum, neque ex quacumque suae formae vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositioni bus testium legitimi numeri vallatum sit; mittatur quidem in posesionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt.*

La ley 2, tít. 14, P. 6, habla igualmente en el caso de venir el heredero delante del Juez mostrando un testamento sin vicio alguno en el que se encuentra establecido por sucesor del difunto, y sólo bajo de una prueba tan solemne manda que se le dé la posesión de los bienes del Testador...; "Viniendo, dice, el heredero delante del Judgador, e mostrando carta del testamento en que era establecido por heredero, si tal carta fuese acabada e cumplida así como debe ser, e non fuese raída nin cancelada, entonce demandándolo él débelo meter en posesión e en tenencia de los bienes de la heredad e de todas las otras cosas que el Testador había e tenía a la sazón que finó".

La Ley del Fuero supone también la filiación un derecho legítimo a la sucesión cuando ordena que los hijos entren en posesión de los bienes del padre muerto. "Et cuando el padre o la madre moriere e fijos fincaren, entren los fijos en los bienes del muerto o otros herederos derechos si fijos non oviere".[1]

Otra Ley del mismo Código para dar a los hermanos la posesión hereditaria que alguno de los hijos del Testador hubiere tomado en ausencia de ellos, dá por sentada e incuestionable la filiación y paternidad, fundamento de la acción: "Si a la hora, dice la Ley 8ª tít. 6, lib. 3, Fuero Real, que moriere el padre o la madre o cualquiera dellos, alguno de los fijos non fuere en la tierra e el otro fijo que y fuer tomar o se apoderar de la buena que les pertenece por herencia, cuando quier que viniera

[1] L. 2º, al fin tít. 7, lib. 3º, Fº R1.

el hermano que non era en la tierra, entre aquella buena, e non le pueda decir el hermano que ante se apoderó, que salga de aquella buena porque era tenedor, mas tenganla de so uno fasta que la partan. Et esto mismo sea de la herencia que les viniere de abuelo o abuela o de otra persona que han derecho de heredar de consuno".

La Ley Recopilada dispone igualmente suponiendo que alguno ha muerto dejando hijos legítimos o parientes propinquos que hayan derecho de heredar sus bienes, y sólo éstos ordena que sean puestos en posesión de la herencia. "Si alguno finare, son sus palabras, y dejare hijos legítimos o nietos o dende ayuso o otros parientes propinquos que hayan derecho de heredar sus bienes por testamento o abintestato... que las Justicias do ésto acaeciere que luego informados de la verdad, pongan en la posesión pacífica de los dichos bienes después de la muerte del difunto a los dichos sus herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de Juicio".[2]

Las Leyes transcriptas dan pues la posesión de los bienes cuando se presenta una institución de heredero hecha en testamento solemne, es decir en un instrumento de ejecución sumaria. Otro título menos solemne que importará una dación o una obligación cualquiera para después de los días del que la hiciera, no traería la posesión de la herencia que importa la posesión de un título general a la sucesión del difunto. Es claro que la acción a una sola parte de los bienes del que ha muerto no podrá autorizar la posesión de la herencia en general.

Así también sucede en el otro título que las Leyes citadas tienen por bastante para ordenar la posesión hereditaria; la filiación legítima. Dando ella un omnímodo derecho a la sucesión universal del padre, le da también a la posesión de la herencia, que las Leyes transmiten al hijo legítimo aún contra el testamento del padre. Pero como sólo de la filiación legítima puede nacer por ministerio de la Ley un incuestionable derecho a la sucesión Universal, sólo también el título de hijo legítimo puede hacer alcanzar la posesión de la herencia. Para la posesión hereditaria es absolutamente preciso el título *pro herede*. Ella se adquiere en virtud de la transmisión que hace la Ley de los bienes del muerto al sucesor que el derecho le ha designado. El que no tiene el título de heredero, no puede pedir la posesión hereditaria, porque ésta no importa tanto la posesión de los bienes, como

[2] L. 3, tít. 13, lib. 4.R.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

la posesión del título de sucesor universal. En las Leyes transcriptas se ve derivar el derecho a la posesión, del derecho a los bienes, o por la institución que haya hecho el testador, o por la filiación legítima o propinquidad con el difunto cuando no hay hijos legítimos.

La citada ley del Código Romano y la de Partida, concordante con ella, dan la posesión hereditaria en virtud de la fuerza ejecutiva y sumaria que tiene un testamento solemne como toda escritura pública. Sin duda que éste no es el título por el cual el apoderado de la señora Callado, pide para su parte la posesión de los bienes quedados por muerte de Doña Juliana Tegeria y Don Francisco Juanicó. Ella carece del título de heredera instituída, y no puede fundar por lo tanto su acción posesoria sino en el título de sucesora abintestato.

La ley del Fuero primeramente citada, cuando llama a la posesión hereditaria a los hijos, es visto que es a los legítimos. Supone que son los primeros *herederos derechos*, y así ordena, que faltando ellos entren los otros *herederos derechos*.

La Ley 8ª del mismo Código habla de *la buena* que pertenece por herencia; habla de los hijos de legítimo matrimonio; de los hermanos legítimos; de los que han derecho de heredar al abuelo o abuela, es decir que da la posesión hereditaria a la filiación legítima.

La Ley Recopilada ya copiada manda poner en la posesión hereditaria en primer lugar a los hijos legítimos, en segundo a la descendencia de ellos, y en último, a la línea colateral legítima hasta el grado que hayan derecho de heredar.

Así pues cuando las leyes hacen de la filiación un título suficiente para alcanzar sumariamente la posesión hereditaria de los bienes dejados por los padres, es visto ser la filiación legítima y no la filiación natural que por sí no da un título universal abintestato, mucho más cuando hay herederos suyos, de institución forzosa, y sucesores universales llamados a la herencia, quedada sin testamento.

Y en efecto, el hijo nacido de un matrimonio legítimo, tiene su filiación bajo el amparo de todas las presunciones de derecho si no media la imposibilidad demostrada de la cohabitación. Su estado de familia está a cubierto de toda prueba en contrario, y aún en los muy pocos casos en que su legitimidad puede ser atacada, comienza el pleito teniendo a su favor las presunciones *juris* de ser hijo legítimo, bastantes para conservarle la posesión

de la herencia durante el litis. El matrimonio obra una presunción legal de la paternidad y es el padre tan cierto como la madre que le ha creado en su seno.[3] La dignidad del matrimonio, la cohabitación posible, la presunción siempre favorable a la inocencia de la madre ha hecho adoptar como una de las bases de la sociedad civil, la regla que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido de la madre. *Illum patrem leges judicant quem nuptia demostrant*. La maternidad prueba la paternidad, aunque la madre diese a su hijo un padre desconocido; la ley le conoce; es el marido de la madre; la ignorancia de ella o sus conjeturas, todo cede a la presunción de la Ley.[4]

Por el contrario, el hijo natural siempre tiene una filiación equívoca, y lejos de ser favorecida con las presunciones de ley (porque es imposible presumir una filiación que no tiene un antecedente público y legal como el matrimonio), el derecho ha visto que convenía más a la sociedad que no se indagara y que quedara cubierta con el velo que desde el primer día la ocultó; si alguna vez permite la indagación y las pruebas de la paternidad o maternidad, la deja meramente a la par de los hechos ordinarios bajo las presunciones llamadas de hombre que resulten de las circunstancias que demostrare el que se dice hijo. El, probando la maternidad, no podrá inferir legalmente quién fuera su padre, ni el reconocimiento de su padre natural concluiría sobre la filiación materna. Su filiación y las pruebas de ella pueden dividirse, mientras que el hijo legítimo tiene un título indivisible, su padre es el marido de su madre, y su madre la mujer de su padre.

Siempre pues que los derechos del que pida la posesión hereditaria nazcan de una filiación natural que ha servido de antecedente necesario para hacer de alcanzar el título de heredero como el que pretende ser legitimado por subsiguiente matrimonio, nunca una filiación tal, desde que hay legítimos contradictores a ella, puede dar una acción posesoria porque no lleva supuesto el dominio, es decir, porque una filiación ilegítima no da por sí el título universal de heredero, y porque sus pruebas nunca son de un mérito sumario y de pronta ejecución como las del hijo legítimo aunque no tenga otras que las presunciones de Ley. Esa filiación debe probarse como los hechos ordinarios y en un Juicio también ordinario, y no sólo debe probarse sino que es preciso demostrar su calidad, si es natural, o que no tiene los

3 Proemio al tít. 2, part. 4ª.
4 L. 7, tit. 2º, part. 4ª.

Biblioteca del Gioja. UBA. uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

vicios que la harían inútil al objeto que va a servir, porque su calidad determinará el género de prueba que puedan los Jueces admitir; y porque esa calidad tanto como la filiación misma es un antecedente necesario para crearse un título ulterior de heredero. Debe probarse plenamente porque ninguna ley lo reputa nacido de tales o cuales padres; y porque cuando se trata de los meros derechos del hijo natural necesita demostrarse como toda acción, o como el hecho de donde ella se origina. Con mayor razón pues cuando la filiación natural va a gozar de un beneficio de la Ley; cuando por un hecho ulterior al nacimiento va a convertir al hijo natural en hijo legítimo y hacer un heredero forzoso del que ni tuvo familia, ni tuvo padres conocidos, ni derechos aún eventuales a la herencia de los que le dieron el ser.

Puede pues concluírse que los únicos títulos que el derecho reconoce para dar la posesión hereditaria es la institución en un testamento válido, o la filiación de legítimo matrimonio. Y pues que según las leyes cuando ellas disponen usando sólo el nombre de *hijo*, se entiende el nacido de legítimo matrimonio.[5] Nunca el hijo natural a quien esta calidad sirve de base para llamarse hijo legitimado, puede tener acción sumaria para alcanzar la posesión de la herencia a la par del hijo de legítimo matrimonio cuando tiene un contradictor legal a su filiación, como son en este caso los hijos nacidos del matrimonio de Don Francisco Juanicó y de Doña Juliana Tegeria.

Lo mismo sucede en la posesión provisoria, o en la cuasi posesión de la herencia. El que pretende la posesión provisoria debe fundarse en la filiación legítima. La Ley 7. tít. 22. P. 3. dice así: "*Esto* sería cuando algún huérfano menor de catorce años, o otro por él demandara al Judgador que le entregase así como a heredero de los bienes que fueron de su padre, e aquel que fuese tenedor de ellos respondiere que non era su fijo de aquél de quien se razonaba, é por ende non debe ser entregado de ellos; que tal pleito como éste debe oír el Judgador llanamente, e si fallare por algunas razones o señales maguer non sean mucho afincadas ni que prueben el fecho claramente que este fuera fijo de aquel cuyos bienes demandaba; é debe por juicio mandar apoderar al huérfano de la tenencia de aquellos bienes; pues que por alguna presunción se muestra que fuera fijo de aquel de cuyos bienes demandaba ser apoderado". Si se tiene presente que por la ley antes citada, por la sola denominación de *fijo* la ley entiende el nacido de legítimo matrimonio; que los hijos

[5] Proemio, tít. 7, part. 2ª.

naturales no son herederos forzosos de sus padres; si no pueden invocar el título *pro herede* en la sucesión abintestato, es visto que la ley no da la posesión provisoria sino al hijo legítimo. El texto citado es el antiguo edicto carboniano que socorría al impúber legítimo dándole la posesión provisoria abintestato, o contra el testamento del padre. La posesión carboniana sólo se concedía al hijo legítimo, único que tiene derecho a invocar el título *pro herede*, al que podía pedir la posesión hereditaria *contra tabulas testamenti*. El hijo natural que puede ser preterido sin que se rompa el testamento de sus padres; que no es heredero abintestato no puede sin pruebas acabadas ampararse de la ley que da la posesión provisoria y que lo mantiene en ella hasta la pubertad sin que su filiación pueda cuestionarse en juicio. *Et generaliter*, declaraba el edicto, *dicimus his demum Carbonianum competere quibus contra tabulas bonorum posesio competit: his vero non competere qui repelluntur a contra tabulas bonorum possesione.*[6]

Esto mismo se comprueba por las disposiciones de la ley citada de Partida cuando llega a hablar de la posesión provisoria del hijo no nacido a quien iguala al hijo impúber. "E esto mismo decimos que debe ser guardado, continúa el texto, cuando alguna mujer finca preñada de su marido que finó e demanda al Judgador en nome de aquella criatura que tiene en el vientre quel entreguen de los bienes que fueron de su marido, e los tenedores dellos dicen que no fue su mujer legítima e que non fincara preñada del. Que dando ella pruebas o presunciones que era su mujer legítima, e que fincara preñada del, maguer las pruebas fuesen dudosas, e non lo dijeran claramente, debe ser apoderada por juicio de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura de que es preñada e puede vivir e mantenerse en ellos". Aquí la ley desciende a hablar del hijo de legítimo matrimonio, del marido de la mujer legítima. Luego a sólo el hijo legítimo se concede la posesión provisoria de los bienes por pruebas no acabadas, o en juicio sumario. Por lo tanto, si se tratara de una filiación natural que no tiene los favores de la ley, ni las presunciones de derecho para establecerla, sería preciso un juicio ordinario, y pruebas completas aunque se tratara de sólo la posesión porque los juicios no son sumarios por ser posesorios.

Desde que hay un contradictor legítimo al título que se pretende ejecutar aunque sea el de una institución solemne, o una

[6] L. 1ª, Dig. de Carb. Edict.

Biblioteca del Gioja. UBA. uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

filiación legítima, las leyes citadas abren el juicio para que el actor justifique su filiación, o la institución; o la validez del testamento y pueda también el contradictor legal destruir esos fundamentos de la demanda; sin que en el entretanto se dé la posesión hereditaria. Aún más expresamente está ésto ordenado en las leyes citadas al principio.

La Ley Romana del Código después de mandar dar la posesión hereditaria al instituído en un testamento al parecer válido, continúa así: "*Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in judicio competente causae in posesionem misionis, et subsecuate contradictionis ventilentur, et ei posesio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis Jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit nullis angustiis temporum hujusmodi missione cohartanda sed sive tardius, sive premature aliquis missus est, legis tantummodo arbitrium requiratur, et causa unde vel missio vel contradictio exoritur*".[7]

La ley 2. tít. 14. P. 6. antes citada que da la posesión hereditaria al heredero instituido, agrega "E non debe ser embargada tal entrega como esta maguer aquel que fuere tenedor de los bienes de la herencia dijere que aquel testamento era falso, o que aquel que lo mandó facer non había poder de lo facer porque le era defendido, o razonare algún otro embargo semejante de estos. Fueras ende si luego quisiere probar lo que dice, sin alongamiento alguno, ca entonces debe se detener la entrega e oirle e recibir las pruebas sobre esta razón".

Luego sólo cuando la misión en posesión esté fundada en la institución hecha en un testamento solemne, el juicio es ejecutivo por la ejecución aparejada que tienen los instrumentos públicos; pero aún entonces desde que hay un contradictor legítimo, el Juez es obligado a recibir la causa a prueba, suspendiendo la posesión hereditaria hasta la sentencia final.

Sólo cuando se reúnen los dos títulos, la institución y la filiación legítima en un impúber precisamente, la ley le da hasta la pubertad la posesión de la herencia y no permite que se abra el juicio sobre la filiación legítima hasta que el huérfano haya llegado a aquella edad; como se ve en las disposiciones que siguen de la misma ley, por la poderosa razón que el hijo a más de los derechos que tiene por la filiación legítima, está asistido con la institución del padre, que le reconoce por tal hijo, y puede serle ésto bastante para que los colaterales durante su infancia no le muevan pleito sobre su estado de familia.

[7] L. 3ª, tít. 33, lib. 6, Cód.

Pero en nuestro caso los contradictores a la filiación ilegítima de la señora de Callado, son los hijos legítimos de Don Francisco Juanicó y de Doña Juliana Tegeria. Ella no está auxiliada con la institución a lo menos de alguno de los que llama padres ni alega una filiación legítima. Pide la posesión como hija legitimada. Para investir esta calidad es preciso que conste su filiación natural. Este antecedente debe ser tan demostrado como la institución de un testamento solemne, con pruebas de aparejada ejecución como la legitimidad del hijo nacido de un matrimonio válido; con presunciones *juris et de jure*, puesto que va a tener su acción los mismos efectos que da la filiación legítima, o la institución de heredero. Ella correría inútilmente por un círculo vicioso, si quisiera probar la filiación natural con la legitimación por solemne que fuera, cuando por otro lado para probar que está en el caso de la legitimación por subsiguiente matrimonio, debe justificar plenamente ser hija natural de las personas que después han contraído matrimonio. Por lo tanto su acción no puede fundarse en las leyes que dan la posesión hereditaria solo al instituído en testamento válido o al hijo de legítimo matrimonio.

Veamos pues si por otros títulos puede pedir la posesión hereditaria y pongamos los hechos tales cuales resultan de los documentos que en la debida forma presento.

El señalado con el número 1º es el asiento bautismal de la señora Callado. El cura Dámaso Antonio Larrañaga dice "que el 18 de Septiembre de 1805 bautizó solemnemente en la Iglesia de la Matriz a Carolina Cipriana que nació antes de ayer huérfana arrojada a la Casa de Doña Agustina Pagola quien se ha hecho cargo de ella. Padrinos D. Carlos Gerri y Dª Juliana Tegeria."

Al margen de este escrito está una nota con fecha 12 de Septiembre de 1836 que dice así, "D. Francisco Juanicó y Dª Juliana Tegeria reconocieron a Carolina Cipriana contenida en esta partida, hallándose casados en 16 de Marzo de 807, y dicen que esta Carolina Cipriana es la misma a que se refiere la declaración que dieron al tiempo de asentar la partida de su matrimonio que se halla en el libro 6 f. 49". Esta nota aparece firmada por el cura, por D. Francisco Juanicó, y por Dª Juliana Tegeria.

El documento número 2º fecha 16. de Marzo de 807 asiento de la partida del matrimonio de D. Francisco Juanicó con Dª Juliana Tegeria. El cura añade *declararon haber tenido antes de ahora un hijo llamado Carlos y una hija llamada Carolina, cuyos viven en la actualidad*. El número 3º Fe de bautismo de nuestra

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

madre, nacida el 28 de Enero de 1790. Por consiguiente a la fecha del bautismo de la niña Carolina tenía ella la edad de 14 años y siete meses; es decir que para que se diga que ella fue la madre de la que aparecía sólo como ahijada, debía ya a los trece años y nueve meses haber tenido una relación ilícita. El documento número 4ª fha 1.836 casamiento de Dª Carolina Juanicó con el General Callado y declaración firmada por D. Francisco Juanicó y por Dª Juliana Tegeria, de ser ella la misma persona de que habla el documento número 1ª, hija de ambos antes de su matrimonio.

Estos actos unidos a la educación que recibió la señora de Callado en casa de los que llama sus padres; el haber sido tratada como hija y llevado el apellido de Juanicó, ¿le dan la posesión de un estado de familia, y esta posesión de su estado es bastante para hacerle alcanzar la posesión de los bienes dejados por D. Francisco Juanicó y Dª Juliana Tegeria?

Sin duda que la posesión tranquila y pública del estado de familia es el mejor comprobante de la filiación. Esa posesión la hace conocer por tal en la sociedad y fija el lugar que cada individuo tiene en la familia a que pertenece; pero por lo mismo esa posesión debe ser caracterizada, es decir, no ser una filiación oculta, sino una filiación legítima y pública; no bastará tampoco un error propio, sino que en verdad ante el pueblo, y ante la familia sea tenida por tal hija de las personas cuyo apellido lleva y de quienes reciba los alimentos y la educación. Será preciso que esa posesión dada y mantenida por los padres sea en ellos de buena fe; que en realidad en su conciencia la tengan por hija; y que este nombre que le dan ante la sociedad nazca de hechos verdaderos y no meramente de actos supuestos en daño del honor y de los intereses de la misma familia. De otra manera sería una posesión clandestina, posesión usurpada por actos propios, posesión sin buena fe, engaño inútil y de ningún efecto ante la Ley.

Pero sobre todo, en el derecho sólo el hijo de legítimo matrimonio puede tener posesión de estado y nunca el hijo natural.

El estado del hijo legítimo ha sido fijado desde el momento de su nacimiento, y aun antes que él haya sido presentado como tal ante la Iglesia. La naturaleza y la ley le defieren el estado de hijo legítimo. La naturaleza dándole por madre una mujer casada, y la ley pronunciando imperativamente que el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre el marido. Este estado que tiene antes de nacer, este estado en el cual ya ha nacido, no puede quitársele por voluntad de los hombres porque uno de los primeros principios sobre el estado de los hijos concebidos durante el matrimonio es de no hacerles depender de la declaración de sus padres.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Si hay pues un hecho cierto en la naturaleza, si la mujer casada ha tenido un hijo, la ley concluye que es hijo del marido. Los asientos bautismales que prueban el nacimiento, prueban entonces la filiación legítima, y no admite prueba en contrario sino en los casos de imposible cohabitación. Ese día comienza la posesión de un estado legítimo; que no le dan los Jueces, que no necesita pruebas previas, que nadie sino el padre puede contradecirla con acciones muy especiales y determinadas. Este hijo pues por su nacimiento entra al mundo con la posesión pacífica de su estado coexistente con su ser; entra ya con todos los derechos que le podrían dar las sentencias de los Jueces, porque ya la Ley ha juzgado. Su estado no depende ni del padre, ni de la madre, ni el desconocimiento de uno de ellos le impediría la posesión de su filiación legítima y de todos los derechos que ella da. Es preciso una acción las más veces no admisible, acción reservada únicamente al padre y que sólo sería de algún efecto después de ser juzgada y sentenciada en juicio contradictorio con la madre y un curador ad lítem.

Por el contrario, el hijo que aspira a ser legítimo por un matrimonio subsiguiente ha venido a la vida sin familia que le pertenezca. No tiene estado porque no se conoce su padre, porque nadie tiene en él patria potestad, porque no hay familia a quien la ley pueda adscribirle, pues que la familia no se forma sino con la unión legítima. *Familia* dice la ley de Partida, *se entiende el Señor de ella é su mujer e todos los que viven de él, sobre quien ha mandamiento como los fijos.* [8]

¿Ni quien ignora que el estado de familia nace de la patria potestad que el padre tiene sobre los hijos nacidos de legítimo matrimonio? Basta haber leído los primeros títulos de las instituciones para saber que el hijo ilegítimo no tiene familia; que no tiene estado de familia; que no hay ni nada valdría la posesión de hijo natural, y que cuando se habla de familia, de posesión de estado, es preciso referirse a padres unidos con el vínculo del matrimonio. Hechos posteriores al nacimiento pueden dar al hijo ilegítimo la espectativa de un estado; pero digo que él no comienza con posesión alguna de estado, que no tiene estado de

8 L. 7, tít. 33, part. 7.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

familia. Le son necesarias las declaraciones de sus padres, las pruebas todas de los hechos que demuestren su filiación; y sobre todo le son precisas las sentencias de los Jueces. Los hijos legítimos, los parientes abintestato de sus padres, los padres mismos, uno solo de ellos, y hasta el Fisco son legítimos contradictores de su estado de familia, no supuesta ni declarada por la ley mientras no esté declarada por el Juez. Y aún entonces será sólo hijo reconocido, pero sin familia, sin posesión de estado, hasta que juzgada la calidad de su familia ilegítima y seguido el matrimonio de sus padres, principie entonces a tener una familia a quien pertenecer y un estado objeto de una posesión de algún efecto legal.

Para él los asientos bautismales prueban sólo la edad, la identidad de la persona, pero no su filiación, que no es demostrada por la publicidad de un matrimonio solemne. Tiene que atenerse a argumentos comunes, a las presunciones de hombres. Tiene que probar conjuntamente la maternidad y la paternidad; que no es heredero suyo de sus padres porque con él no ha ciudad (sic). Persona *sui juris*, solo en el mundo, sin hermanos para algún caso en el derecho; que si puede implorar el voluntario reconocimiento de sus padres, pueden éstos también negárselo sin pena y aún sin pena arrojarlo de su casa desde el día que viene al mundo; de mera institución voluntaria y sólo en el caso de no haber sucesores de institución forzosa y solo también cuando la calidad de su filiación ilegítima no le hace persona torpe; que no tiene por su filiación el *jus quaesitum* a la futura herencia de los que le dieron el ser, ni al cuasi dominio que las leyes conceden al sucesor forzoso; que en ningún acto de la vida, ni en juicio ni fuera de él, ni ausentes sus padres es admitido a representarlos; que puede hasta el mismo contradecir su filiación; cuya cabeza en los derechos de representación, en el derecho de deliberar no es contada para nada; que no tiene peculio alguno respecto a su padre, ni éste la menor participación en los frutos o propiedad de los bienes de su hijo; individuo emancipado, diré así desde que nació de la autoridad paterna; que no necesita de ella para enlazarse a otra familia, para contraer matrimonio con la persona y la edad que quiera, y a quien nada importa el disenso paterno; que puede sin injuria ni agravio de nadie, de ninguna familia mudar de nombre de familia y llamarse como quiera llamarse. ¿Qué estado? ¿Qué posesión de estado tiene una persona de esta clase? ¿O qué quiere decir entonces en el derecho posesión de estado?

Sólo el hijo de legítimo matrimonio tiene estado de familia,

y puede decirse poseedor de él, porque las leyes le consideran ya como dueño de los bienes de sus padres aún durante su vida; porque faltando ellos cuasi continúan en el dominio de los bienes, pues que no hay intervalo entre la muerte del difunto y la existencia del heredero suyo; porque no le es preciso hecho alguno judicial o extrajudicial de sus padres para ser tenido por hijo y heredero, ni sentencia de los Jueces, ni adición de herencia, ni gestión *pro herede;* porque transmite sus derechos a sus sucesores aún cuando él muera sin suceder; porque por ministerio de la ley siempre vive cuando los hijos de él viven; porque contra él la acción de los padres siempre debe ser petitoria y no posesoria, siempre juzgada en juicio ordinario y no en juicio sumario. Este hijo sí puede decirse que tiene en el derecho posesión de estado, porque el matrimonio de sus padres le dió una familia, le dió un estado desde el día de su nacimiento; y hay razón para que durante la pendencia del litis sobre su filiación se le ampare en la posesión hereditaria, porque ya poseía, ya tenía estado desde el día de ser concebido; porque no trata de alcanzar la posesión sino de conservarla; porque no tiene que probar hecho alguno sino que destruir las pruebas que contra su filiación se produzcan, pues que hijo legítimo e hijo nacido durante el matrimonio son, puede decirse, términos sinónimos.

La educación, el tratamiento, la opinión general concurre con la existencia de un matrimonio público a confirmar la filiación legítima.

En el hijo natural todo es incierto y equívoco y nadie puede asegurar la paternidad. La opinión de los hombres no nace de una presunción de derecho, de un matrimonio preexistente a su nacimiento. Los mismos actos de educación, tratamiento y apellido pueden tener lugar con el que ha sido sólo recogido en la casa, como todos los días lo vemos, y esos actos regularmente son obras generosas que no pueden convertirse en pruebas de filiación sin imponer a los hombres el pesado deber de reconocer por hijos naturales a los huérfanos arrojados a sus puertas.

Pero supongamos un estado de familia que se llame estado de hijo natural. La señora de Callado sin familia, sin padres conocidos, sin título en la acta de su nacimiento ¿cómo invocaría el estado de hija natural de determinados padres contra su título mismo? ¿Cuándo comenzó esa posesión de estado de hija natural de nuestros padres contra lo que decía el asiento bautismal? ¿Cuál fué el día que pudo asegurar ser hija de Dª Juliana Tegeria? ¿Quién se persuadió de ésto? ¿Qué motivos tuvo para creerse hija de ella, si es que alguno lo ha creído? No teniendo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

un título público de su filiación natural, es clandestina esa que llama posesión de estado de hija natural, porque no hay un acto público en que hubiere principiado; porque el asiento bautismal es la acta solemne de su entrada al mundo, y nadie puede variarla por hecho propio, y es preciso las sentencias de los Jueces para reformarle o ser otra cosa en la vida civil que lo que demuestra el acta de su nacimiento. Y aún cuando lo hubiera no precediendo un matrimonio solemne, el párroco puede sólo certificar de la edad del nacimiento de la creatura que se presenta en la Iglesia; pero de su filiación nada puede saber; inscribirá por padres naturales a los que quieran así llamarse, sabiendo que el asiento bautismal no tiene en la filiación ilegítima otra fuerza que la que las leyes puedan dar a la declaración de los que se presenten como padres ilegítimos. ¿Qué será cuando los asientos bautismales no dan padres al hijo; cuando nadie se ha presentado llamándose ante la Iglesia padre natural? La acta del nacimiento entonces no le pone en ninguna familia, no le da ninguna posesión ni título aparente de ella, porque no tiene padres que le reconozcan que quieran contarle en el número de sus hijos. Los actos ulteriores de educación, tratamiento, etc., pueden ser reputados en el derecho como la mera detentación de las cosas que no se llama posesión, ni tienen los efectos de la posesión civil.

Su posesión si la ha tenido es sin título, y aún más contraria al título, al acta de su nacimiento, posesión precaria que el favor y la misericordia le dieron. Posesión también sin buena fe en ella y en los que se la concedieron; posesión que se la negaron en el acto solemne de entrar al mundo, resistida por todos los que conocieron a la que llama su madre.

Pero pues que la posesión de un estado es la posesión de un conjunto de derechos, podemos aplicar a ella los principios de la posesión sobre las cosas corporales e incorporales, y diremos entonces, que la señora de Callado al alegar la posesión de su estado de familia no puede usar del interdicto *uti posidetis*, del hecho de poseer, aunque sea posesión injusta, *hoc ipso quod possesor est*. Esta acción posesoria es dada sólo para retener la posesión que se ha perdido, y no para adquirir una nueva posesión. Las palabras del interdicto Romano explican el preciso y único objeto de la acción *uti nunc posidetis, ita possideatis*. Si nosotros quisiéramos privar por ejemplo a la señora Callado el uso del apellido que lleva, entonces podría decirnos que durante el pleito tenía derecho para mantener el nombre que llevaba al tiempo de la litis contestación; pero esa posesión de que se trataría sumariamente no puede servirle para deducir consecuencias que

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

necesitan un juicio plenario de posesión. No puede usar del interdicto para alcanzar la posesión de la herencia porque él no es para alcanzar la posesión que no se tiene sino para retener lo que por violencia se le quiere quitar, *nec vis fiat ei qui possidet*. Lleva solo la diferencia con la acción por fuerza, con el interdicto restitutorio *unde vi*, que en este pedimos que se nos restituya lo que por la fuerza que se nos a hecho no poseemos ya, y la acción sumaria *uti posidetis* es como dice la ley Romana, *ut retinere nobis liceat quod possidemus*.

Por otra parte esa acción supone un poseedor actual, *uti nunc possidetis*, y nosotros decimos que la señora de Callado no ha tenido estado de familia; que no estaba en posesión de ningún estado, y que esa condición de hija natural no le daba posesión de ningún derecho. Falta pues la base de la acción sumaria, o ella misma está en pleito, y es en parte lo que debe demostrarse, como debe probar el que intenta el interdicto que es poseedor al tiempo de la contestación del pleito; como debe probarse la posesión antes de usar de los derechos que se pretenden originar de ella. [9]

A más, esa posesión de estado sería viciosa, como precaria, clandestina y sin título, que quiere convertir contra su bienhechora, contra sus legítimos sucesores, contra nuestra madre que por un acto de piedad y conmiseración le prestó esos servicios; es decir, que esa posesión y sus vicios son respecto a la parte adversa en el pleito, respecto a la persona o sus herederos de la que recibió esos favores, y desde entonces por la razón más clara no puede servirse de ella. *Si modo nec vi, nec precario nactus fuerat ab adversario, possesionem*, decía la Ley Romana. [10]

No habiendo pues una posesión perdida; no pudiendo decírsenos que nosotros hijos de legítimo matrimonio tenemos la posesión de una herencia que corresponde a otros; tratándose sólo de alcanzar una posesión que no se tiene y que aún nosotros sucesores forzosos hemos tenido que pedirla a los jueces; no estamos en el caso de la acción sumaria *uti possidetis* creada sólo para saber cuál es el poseedor al tiempo del litis; por tanto la posesión y el juicio de ella debe tenerse en la forma que lo ordena la ley citada, en un juicio plenario, en el cual aún deben atenderse los derechos de propiedad, los derechos hereditarios en nuestro caso, primero, que los derechos posesorios, si aquellos fueran de un examen fácil.

9 L. 27, tít. 2, Part. 3.
10 Inst. de interd., § 4º.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

El título del nacimiento como el título originario explica siempre el género de posesión que se ha tenido, y si no puede convertirse por hecho propio, ni por hecho de un tercero en otro título de posesión, vanamente probaría el precario poseedor que ha usado de la cosa como absoluto propietario, y aunque a vista y paciencia del verdadero Señor ha ejercido los actos más caracterizados de dominio, vanamente la señora Callado probaría haberse llamado y tenido por hija de Dª Juliana Tegeria; todo desaparecerá al instante que se haga conocer el título primitivo: *ad primordium tituli, omnis formatur efectus*. Esta es la ley invariable, sin excepción, que debe dirigir a los Jueces en materias posesorias. La posesión por sí no prueba sino el uso precario o clandestino, si ella en sus principios tuvo alguno de estos vicios. La ley Romana fijó a los jueces la base de sus procedimientos en materias posesorias *origo nascicendae possesionis exquirenda est* [11] porque nadie ignora cuán fácil es en el curso de una larga posesión ejercer algunos actos propios del verdadero Señor, cuan fácil es dejarse llamar padre, llamar hijo y tratar como tal al que se ha criado por un acto de misericordia.

¿Ella ha podido variar el título de su posesión? Es un principio en el derecho que no se puede mudar por la propia voluntad ni por el transcurso del tiempo, la causa de la posesión que se tiene, sino que aún no se pueden variar sus calidades y sus vicios. Tal ha principiado ella, tal continúa siempre. Si la posesión ha comenzado por ser una posesión clandestina, una posesión precaria o de mala fe, ella es tenida siempre por posesión clandestina, precaria o de mala fe aunque el actual poseedor tenga buena fe, siempre que aquel de quien la hubo por derecho sucesorio no la tuviera en su principio. *Vitia posesionum a maioribus contracta perdurant*. [12]

Por lo tanto, si la señora Callado vino al mundo sin padres conocidos; si entonces no hubo estado de familia, si no hubo título alguno para llamar madre a Dª Juliana Tegeria, si corrió los primeros años de su vida como una huérfana ilegítima ¿qué razón, qué Juez autorizaría para contarse en el número de los hijos de las personas generosas que en su miseria la recogieron, y convertir el nombre de hija que nuestra madre le daba por piedad en un argumento de crimen, de prostitución a la edad de trece años? ¿Ha tenido acaso buena fe al llamarse hija de nuestra madre? ¿No lo sabía ella, no lo sabe todo el pueblo que

11 L. 6, Dig. de adq. possess.
12 L. 11, Cód. de adq. poss.

no lo era? Que sus padres mismos lo dijeron, que se lo hicieran así entender y que así efectivamente la trataron. ¿Dale acaso ésto una posesión de estado contraria al acto de nacimiento? ¿Sus padres tenían buena fe, la creían efectivamente hija? Nunca, Señor, nuestra madre pudo persuadirla ni decirla que efectivamente era su hija; ni nunca nuestro padre hizo en su corazón la injuria a su mujer con la cual se quiere sostener la filiación natural; ni aunque hubiera en las leyes un estado de hijo natural, la posesión de ese estado ni está caracterizada con la opinión general del pueblo, ni sus vicios de precaria, clandestina, y sin buena fe en sus autores o en el poseedor pueden ser borrados en perjuicio de los que únicamente tienen derecho a la posesión de una filiación legítima.

Sí, también nosotros tenemos una posesión negativa que excluye a todo otro de la familia legítima de D. Francisco Juanicó y de Dª Juliana Tegeria; también esta señora que vivió y murió sin mancha alguna en sus costumbres tiene derecho, o sus hijos por ella, para conservar el buen nombre que tan dignamente gozó. Y ésto vale más, ésto es más efectivo que el estado ideal de hijo natural. ¿Quién de los que conocieron a Dª Juliana Tegeria podrá persuadirse que a los trece años mantuviera una relación ilícita, y tuviese la astucia bastante, si el hecho era posible de presentarse en la Iglesia como madrina de la hija que dos días antes había dado a luz? ¿Quién ignora, quien no cree. de la familia o el más extraño, que sólo nosotros somos los dos hijos que han tenido D. Francisco Juanicó y Dª Juliana Tegeria? Aquí pues el estado, la posesión, está por nuestra parte y excluye al estado y a la posesión que se pretenda alcanzar. Aún para aquellos casos en que sólo se trata de alimentos y no de posesión de estado, la ley requiere que se pruebe por la fama la filiación. [13] Esta fama, esta persuación del público nosotros la tenemos y podemos ocurrir a ella misma para probar que la señora Callado no es hija natural de Dª Juliana Tegeria y D. Francisco Juanicó.

Por otra parte, la posesión de un estado que importa la opinión general de ese estado de familia, la educación, el tratamiento etc., comprende muchos hechos, y no es de inferirse por presunciones lejanas desde que es el antecedente para adquirir la posesión de una herencia. El Juez de la causa no tiene en tal caso presunciones de derecho que le guíen y debe esperar la prueba de los hechos que fijen esa posesión como la ley antes citada de Partida lo ordena desde que hay un contradictor legí-

13 L. 7, tít. 19, part. 4ª.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

timo de la misión en posesión. Y nosotros Señor desde ahora decimos a V.S. que la señora Callado no presentará un solo testigo de que nuestra madre la ha tenido por hija, ni individuo alguno de criterio que jamás la haya reconocido por hija natural de D. Francisco Juanicó y Dª Juliana Tegeria; decimos también que aún limitados a tratar de la posesión de estado de la señora de Callado, presentaremos testigos de la creencia general en que se está que no es hija de los padres que ella dice, y que ni esos padres la reputaron jamás por tal.

Pero dirá que nuestra madre y nuestro padre en actos solemnes en el día de su casamiento de la señora Callado con su actual marido en 1836, a los treinta años del primer asiento la reconocieron ante la Iglesia como hija natural de ellos, legitimada después por subsiguiente matrimonio.

Trataremos este punto con solo aquellos medios que la cuestión de derecho nos presente, ya que mil deberes nos obligan a considerar los actos tales como están sin internarnos en las causas que los produjeron.

Esas declaraciones luchan con un imposible de hecho constante de un instrumento, primero en fecha y completo en sus solemnidades, otorgado en el preciso tiempo que debía otorgarse. Nuestra finada madre se presentó ante la Iglesia como madrina de la niña Dª Carolina a los dos días de haber ésta nacido, como resulta del documento Nº 1º. Esto no podría ser si hubiera sido su madre pues que a los dos días del parto no es posible que estuviera en estado de levantarse de la cama e ir a la Iglesia.

¿Para qué también sentar este imposible que más demostraría que ocultaría su culpa? ¿Por qué iría ella siendo madre a aparecer de madrina y quebrantar los preceptos de la Iglesia en un Sacramento solemnemente administrado? ¿Para qué esa prisa, para qué hacer lo que nadie hace ni cree posible hacer? ¿Cómo ella, o los que la dirigían se crearía un impedimento para poder casarse con el hombre que la había corrompido? Aquí, pues, lo imposible del hecho, la maternidad, lucha con lo que es verosímil, con todas las reglas del criterio, sin que se presente el objeto de ese esfuerzo superior a la salud de una joven de trece años.

Pero tomemos las cosas como están: un acto solemne en el cual Dª Juliana Tegeria aparece como madrina ante la Iglesia ocultando ser la madre de la misma persona que iba a bautizarse, y negando la maternidad; y otros actos de cuya fecha e importancia después trataremos, en que declara ser ella la madre de la niña Carolina; ¿a cuál de ellos debe creerse? Aquí más que

en ningún otro punto de esta cuestión tenemos que medir nuestras palabras y ni por un momento tratar el negocio como la comisión de una falsedad premeditada.

Autora, testigo, con una participación tan solemne en el sacramento que se administraba, en el instrumento del nacimiento de la niña Carolina, no puede ella variar su deposición, decir después que era madre, que entonces engañaba a la Iglesia, y que conocía a los que le habían dado el ser, que era ella misma, aunque en aquel día hizo asentar la partida como hija de padres no conocidos. Su última declaración no destruye la primera; ni un acto de esa naturaleza puede ser alterado por las posteriores declaraciones de los que concurrieron a él; ni esas declaraciones tienen fuerza para destruir la fuerza del instrumento que sirve de prueba contraria cuando ellas sólo expresan la variación del testimonio de la misma persona en un hecho en que la equivocación no era posible.

Presentándose como madrina de una niña de padres no conocidos, sobre su fe se redactaba el acto, o diré más que los padrinos eran sus autores. Digamos que a lo menos eran testigos de lo que allí asentaba el cura, y no los que creaban ese instrumento falso. Pues bien, el derecho civil enseñándonos las circunstancias de que deben hallarse revestidos los testigos, y la fe que por ellas debe dárseles dispone que no sean oídos aquellos que contradicen, varían o vacilan sobre la fe de una primera declaración. *In testimoniis autem, dignitas, fides, mores, gravitas, examinanda est, ideo testes qui adversus fidem suae testationis vacillant audiendi non sunt.* [14] Variar una declaración solemne es lo mismo que ser falso en ella, y desde entonces ninguna fe merece la posterior declaración: *Qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, a judicibus competenter punintur.* [15] Hablando de los que cometen falsedad numera entre ellas a los que dieren diversas declaraciones: *Eos qui diversa inter se testimonia praebuerunt, quasi falsum fuerint, et praescriptio legis teneri pronuntiat.* [16] Por nuestras leyes también nadie es admitido a declarar contra lo que una vez hubiera dicho ante la autoridad competente: *Mas cuando algun testigo,* dice la ley de Partida, fuese contrario a sí mismo en su dicho, no debe valer su testimonio. [17] La ley del Fuero Juzgo puso igualmente a los instrumentos

14 L. 2, Dig. de test.
15 L. 16, Dig. de test.
16 L. 27, Dig. ad ley Cornel.
17 L. 41, tít. 16, part. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

fuera del alcance de la variación de los testigos.[18] y otra ley de Partida confirma esa disposición.[19] ¿Ni cómo la filiación, el estado de los hombres ha de depender de la palabra del que desmienta lo que había garantido en un acto solemne como el sacramento del bautismo? El acto del nacimiento de la señora Callado viene a ser una ley invariable para los padrinos de ella, porque ellos garantieron el acto; porque su segunda declaración parte de hechos opuestos a lo que expresaron en la primera; porque su fe no puede dividirse en dos testimonios contrarios, ni puede destruir con su simple declaración lo que redactaron en un instrumento tan auténtico, porque son testigos presenciales, y diré, testigos instrumentales, testigos y autores del instrumento que no pueden alterar lo contenido en él. Dispensándoles la Iglesia una presunción de probidad, desde que ellos abren sus labios para contradecir los asientos solemnes que sobre sus deposiciones se hicieron, se ponen en la alternativa de ser o de haber sido falsos en sus asertos. La sola incertidumbre que habrá es saber si fue en la época pasada, o en el momento actual, que ellos engañaron a la Iglesia, y esta incertidumbre misma, hace que no pueda destruirse lo que ya está hecho; afirmarse el Juez en el gran principio dado por las leyes *que el acto debe valer más que su denegación*: despreciar la declaración ulterior que lo altere; porque no pueden inspirar una plena confianza suficiente para destruir lo asentado en un acto público aquellas personas que vienen ellas mismas ante la Iglesia a acusarse de haber en el sacramento ocultado una circunstancia que los hacía incapaces de investir el carácter que en él tomaron y de haber asegurado que no conocían los padres del bautizado cuando ellos le habían dado el ser.

La memoria de nuestra madre no será herida por estas consideraciones de derecho, porque habiendo ella de declarar lo que se ve que declaró, sabía que aquello no tenía consecuencia para sus hijos y que no invalidaría el asiento bautismal en cuanto a la filiación de la niña Carolina.

El haber sido madrina de ella destruye por otra parte la pretendida legitimación que se alega para la posesión hereditaria, y es un hecho suficiente por sí solo para que V.S., sin otra figura de juicio repela de plano la acción que se intenta. Por aquel acto contraía afinidad espiritual con el padre de la bautizada y no podía ya casarse mediando este impedimento dirimente según lo dispone el Concilio Tridentino sección 24 Cap. 2º y la Ley

[18] L. 3, tít. 4, lib. 2º.
[19] L. 30, tít. 16, part. 3.

12. tít. 2. P. 4. El matrimonio era nulo y por lo tanto de ningún efecto para la legitimación de los hijos. El que diga que nuestros padres eran los de la niña Carolina, no puede negar que cuando se unieron con el vínculo del matrimonio, conocían el impedimento que había entre ellos; que maliciosamente le ocultaron para poder casarse. Y aún cuando tuvieran buena fe si era posible tenerla, aunque ignoraran el impedimento, ese matrimonio putativo, no puede legitimar a los hijos que antes de él hubiesen tenido los cónyuges. Siendo la legitimación por subsiguiente matrimonio un mero beneficio de la ley, es preciso cumplirla exactamente para gozar de sus favores. Ella exige un verdadero y no un matrimonio putativo, a diferencia de lo que sucede respecto a la legitimidad de los hijos. "Hay ciertos matrimonios, dice Pothier, a los cuales aunque sean nulos, la ley les da efectos civiles en consideración de la buena fe de ambas partes o de una sola de ellas, que han ignorado el impedimento que lo anulaba. Se pregunta pues si estos matrimonios pueden tener el efecto de legitimar los hijos nacidos del comercio que tuvieron sus padres antes de este matrimonio putativo y en tiempo en que eran capaces de contraer entre sí matrimonio? No, si se da a este matrimonio putativo los efectos civiles a fin que los hijos que han nacido de él tengan el título y los derechos de hijos legítimos, es porque ellos han nacido de un comercio inocente a lo menos de una de las partes; mas aquellos que han nacido de la unión de sus padres antes de este matrimonio putativo, habiendo nacido de un comercio criminal de ambas partes no son dignos de que se aparte en su favor de las reglas generales. El vicio de la unión de la cual han nacido no puede ser purgado, y ellos no pueden ser legitimados sino por la fuerza y eficacia de un verdadero matrimonio que hubiese sucedido entre sus padres. Un matrimonio putativo no puede tener este efecto".[20]

La señora de Callado no puede aplicarnos el argumento de la nulidad del matrimonio a causa del impedimento espiritual porque para ella que se funda en la filiación natural, en el hecho de ser hija de nuestra madre, la dificultad es imposible; pero nosotros que negamos esa maternidad, negamos por consiguiente la afinidad espiritual y sostenemos la validez del matrimonio de nuestros padres, y aun sin ella podemos sostener nuestra filiación legítima.

El parentesco espiritual no se contrae cuando no son conocidos los padres. La letra de la decisión del Concilio Tridentino

[20] Tomo 5, pág. 233.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

hace ver que es preciso que los padres sean conocidos, pues que manda que se les advierta del matrimonio que contraen. Ignorando mi madre quienes fueran los padres de la niña Carolina, no contraía pues contra su voluntad o *invicta* parentesco alguno con ellos aún cuando después se supiera o se probara que uno de los padres era su futuro esposo.

Aún cuando el impedimento existiera en sí con el padre no conocido, bastaba que ella no lo supiera para que la prole tenida del matrimonio con el padre de la bautizada resultara legítimo según lo disponen las Leyes 2. tít. 15 - 19. tít. 2. P. 4 y 4ª tít. 6 lib. 3 Fuero Real. Y ésto aún se extiende a los hijos de doble matrimonio si alguno de los contrayentes ignoraba la bigamia como lo dispone el Cap. 14. lib. 4. tít. 17. de las Decretales. Seríale pues preciso probar no sólo que es hija de D. Francisco Juanicó, sino que mi madre lo sabía antes de contraer matrimonio con él.

Volvamos sobre las declaraciones de nuestros padres respecto a la filiación de la Sra. Callado.

La primera es sólo una referencia que sigue al asiento de la partida de matrimonio, y no la declaración misma de la filiación. Sobre todo, aquello está escrito sin ser firmado por nadie. Se escribió probablemente para que fuera firmada, y se hallaría una resistencia que no pudo vencerse. Desde entonces prueba lo contrario de lo que expresa; pero para nuestro objeto es bastante que no se pueda decirnos que nuestros padres cuando contrajeron matrimonio declararon haber tenido ya dos hijos. Estando esa escritura sin firma, ningún valor tiene en Derecho. No era un asiento que el párroco hacía: era una declaración extraña del acto que los cónyuges debían poner bajo de su firma si debiese valer para algo. Lucha ella por otra parte con una coartada de lugar, pues no es difícil probar que D. Carlos Juanicó nació en Buenos Aires adonde nuestra madre no había ido hasta muchos años después de la fecha de su nacimiento.

La declaración firmada por nuestros padres de fecha de 28 años pasados de su matrimonio, cuando ya hacía más de veinte años que tenían hijos legítimos. ¿Qué valor tiene en el Derecho? Prescindamos de lo que hasta aquí está alegado y tratemos la materia así destituida de otras consideraciones que destruyen por sí la fuerza de su declaración.

La filiación natural es un hecho al cual no precede ninguna presunción de derecho, ningún antecedente que induzca a suponerla. Pueden contradecirla todos los que tengan especiales derechos a la sucesión; los que tengan derechos que no estén a la

voluntad de los padres el destruir. El que invoca la declaración de los padres, el que por ese medio trate de sucederles, debe ponerse en lugar de ellos y dar las pruebas que habría derecho para exigir de aquéllos. Bien se atienda a solo los bienes de la herencia, a la legítima de los hijos tenidos durante el matrimonio, bien a la introducción en la familia de una nueva persona, la declaración de los padres no es bastante para destruir los derechos que respecto a ambas cosas pueden deducir los hijos legítimos. Los padres pueden suponer deudas para hacer legados inoficiosos, o tener mas disponibilidad en sus bienes que la que las leyes le permiten; pero su mera declaración no basta, y el heredero forzoso puede exigir al supuesto acreedor que pruebe el crédito. Los padres pueden desheredar a sus hijos suponiendo las causas que la ley da por bastantes para tal acto; pero a su cargo es, a cargo de su heredero, del que las alegue probar la verdad de las causas de la desheredación. ¡Cuánta más razón habrá para no estar al aserto de ellos, tratándose de introducir en la familia como legítimo, a un hijo que no nació de legítimo matrimonio!

Teniendo hijos legítimos los padres no pueden adoptar por hijo a ninguna persona según lo disponen las leyes 1ª tít. 22. lib. 4. 5. tít. 6. lib. 3 y 9. tít. 5. lib. 3. Fuero Real que reformaron la 9. tít. 16. P. 4. que los llamaba a igual parte de la herencia.

Habiendo hijos legítimos, el hijo natural no podía legitimarse por ofrecerse al servicio del Príncipe y adquirir el derecho de heredar a la par de los legítimos.[21] El rescripto mismo del soberano no puede legitimar al hijo natural para que concurra a la sucesión con los hijos de legítimo matrimonio; ni hay ya especie alguna de legitimación que iguale los hijos ilegítimos a los legítimos si se exceptúa la de los naturales por el matrimonio subsiguiente.[22] Luego los padres no podrán sobre su mera palabra criar un hijo legítimo y es preciso que sea cierta y constante la filiación natural: no sólo ésto sino que el hijo natural sea hijo de ambos. De otra manera sería para ellos fácil hacer aquello mismo que las leyes le prohibían. Si el hijo legítimo tiene su filiación comparada de cualesquiera declaración que los padres hagan contra ella,[23] ¿no media igual razón para que por sí y sin prueba alguna no le den otros hermanos legítimos que los nacidos durante el matrimonio?

21 L. 8, tít. 15, part. 4.
22 Gº López, glos. 2ª a la L. 6, tít. 15, part. 4.
23 L. 9, tít. 14, part. 3 y 7, tít. 19, part. 4.

Biblioteca del Gioja. UBA. uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

La legitimidad de los hijos es una materia demasiado grave para que se niegue, o conceda, sin los antecedentes que las leyes suponen o exigen que se prueben; serían inútiles los registros de la Iglesia aún en las filiaciones legítimas desde que con solo decirlo se pudieran crear veinte hijos naturales que luego se reputarían legitimados por subsiguiente matrimonio, y se podría así dejar a los hijos legítimos con la porción hereditaria que el albedrío de los padres querría dejarles por este medio indirecto. Cuando los hijos de legítimo matrimonio para pedir los derechos que como tales tienen, deben probar su legitimidad no por la aserción de los que le dieron el ser, sino por los actos de su nacimiento, por el matrimonio público de sus padres, o por la posesión tranquila del estado de hijo legítimo ¿los hijos naturales que van a convertir su filiación ilegítima en una filiación legítima habrán de estar dispensados para demostrarla de estas pruebas que las leyes y la razón exigen, y para ellos sólo ha de ser bastante la declaración de los padres en cualesquiera tiempo y bajo cualesquiera forma que se haga? *Non nudis asseverationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legítimo concepti; vel adoptione solemni filii civili jure, patri constituumtur.*[24] ¿Y ha de ser a más de un mérito tan ejecutivo que sea suficiente para ponerlos en la posesión de la herencia como al instituido en un testamento solemne; o como el hijo legítimo que ha probado su legitimidad con los instrumentos correspondientes? Esto exige la señora de Callado olvidando que la maternidad natural que alega para la legitimación, tiene en contra la acta de su nacimiento y dos hechos opuestos que es física y moralmente imposible unir.

* * *

APUNTES PARA LAS MISMAS CUESTIONES

[1.] Las leyes mandando dar la posesión hereditaria al heredero escrito en un testamento solemne en sus formas, abren sin embargo el Juicio al contradictor que se presente alegando vicios invisibles, que los jueces no pueden conocer mientras no se deduzcan ante ellas, como la insanía del testador, la cualidad del heredero, etc. La ley Romana[25] suponiendo el caso de un contradictor a la posesión hereditaria, ordena que se suspenda y que las

24 L. 14, tít. 19, lib. 4 Cód.
25 L. 3, tít. 33, lib. 6 Cód.

causas de la oposición se ventilen ante el Juez competente, y se dé la posesión al que tuviere mejores derechos.

La ley de Partida sobre la materia[26] manda también que se detenga la misión en posesión desde que haya un contradictor que sin alongamiento ninguno quiera probar su mejor derecho, o el vicio oculto del testamento.

Aún en la posesión provisoria que tiene sólo por objeto los alimentos, la ley 7. tít. 22. P. 3. abre el Juicio, y suspende la posesión hereditaria desde que el poseedor de la herencia negare la filiación del que la pretendiere.

De ésto concluyen los D.D. *remedium*[27] *non quidem obtinere, quoties legitimus adest contradictor; eo namque casu, atque causa cognita, is in posesionem mittendus qui jura potiora ostenderit, prout omnes juris interpretes unanimiter observarunt".*[28]

El alongamiento de la prueba queda siempre al arbitrio del Juez. *Hoc incontinenti, dice el mismo autor judicis arbitrio relinqui.*[29]

De las leyes citadas de Partida, 2ª, tít. 14. P. 6; 7. tít. 22. P. 3. resulta que el poseedor actual de la herencia es legítimo contradictor aun a la posesión hereditaria; y el más caracterizado de todos, es el heredero legítimo que tiene ya la posesión por título propio.

Por otra parte, las leyes que ordenan la posesión hereditaria suponen el título, la filiación legítima como suponen las formas del testamento en la institución entre extraños; y bajo esa base la mandan dar sumariamente; pero desde que ella se niegue por el que es legítimo contradictor, falta la causa de la ley y sus efectos deben suspenderse, hasta que esa cualidad sea demostrada por el que fundado en ella quiera alcanzarla. *Regula* generalis in hac materia sit filiationem quid facti esse et ob id non praesumi; sed qui se filium asserit, id probare debere alioquin in judicio sucumbere, in quo unanimiter conveniunt omnes juris interpretes et procedere non solum respectu illios qui dicit se filium esse, verum etiam respectu illius qui vel dicit se filios habere.[30]

26 L. 2, tít. 14, part. 6.
27 El de la ley final del Cód. de Edic. Divi Adrian.
28 CASTILLO, lib. 3º, Cap. 143, nº 24.
29 Nº 175.
30 CASTILLO, lib. 5º, Cap. 104, nº 2.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

La ley Romana es terminante. Quoties quereretur genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet [31], lo que no es otra cosa que las obligaciones impuestas a los demandadores.

[2.] *¿La filiación se prueba por la aserción de los padres en actos entre vivos, o en el testamento público diciendo que alguno es su hijo?*

No hay ley alguna que dé fuerza probatoria al dicho de los padres aunque sea hecho del modo más solemne. La filiación legítima tiene un preciso origen cual es el matrimonio. Sin éste, nada valdría la aserción del padre, porque la ley no dice que sean hijos legítimos aquellos a quienes sus padres nombren como tales. *sino los que nacen de padre y madre que son casados.* [32] Luego es preciso probar que el hijo nació después de contraerse el matrimonio entre el padre y la madre.

El matrimonio mismo es un hecho que debe probarse, y más su precisa fecha, cuando por ella se va a determinar la filiación legítima. Así no se tendrá a uno por casado en 1805 porque él lo diga, cuando no lo demuestra con los asientos de la Iglesia, o en su falta, con otras pruebas que demuestren suficientemente el hecho y su época. Lo contrario sería poner el estado de la familia, las mujeres y sus hijos al albedrío del padre. Sería poner al albedrío de los padres las leyes que tienen por objeto la sociedad entera; los registros públicos; el estado de los hombres.

Las leyes Romanas mandaron que las actas de los nacimientos y no el dicho de los padres, determinaran el estado de los hombres. *Natales, non confessio, assignat parentes.* [33]

Y aún ordenaron que su omisión o una simulación en los libros de los actos civiles, *libris actorum* no perjudicara a la verdad de los hechos, y que los jueces decidirán las causas de filiaciones según las pruebas que las partes dieran. Nec omissa etc. Ley 15. tít. 16. lib. 7. Cód.

Professio se llamaba la declaración de los padres *in libris actorum* como dice Pothier en la nota de la sección 14. tít. de probationibus en su pandectas. Eso a más hace ver que el Juicio debe ser plenario.

Lo mismo han determinado las leyes de Partida. Por la 7.

[31] L. 1º, Dig. de prob.
[32] L. 1ª, tít. 13, part. 4.
[33] L. 22, Cód. de lib. Caus.

tít. 14. P. 3. hace ver que la declaración de la madre en nada perjudica al estado de los hijos legítimos. Por la 7. tít. 19. P. 4. tampoco la declaración del padre contra la filiación tiene ningún valor, y puede el que se dice hijo obtener los alimentos por pruebas incompletas y la causa de filiación debe después recibirse a prueba. Lo que demuestra que la declaración del padre no determina la filiación.

Luego tampoco no está en poder de los padres hacer legítimo al hijo que no lo es. "Sola nominatio patris respectu filii sui ilegitimi nihil probat, alias esset absurdum, quod pater único verbo posset facere de incapace capacem et de ilegítimo legitimum, et íta consequi magnam hereditatem. Non enim sola filiatio est justa causa institutionis, sed legitimitas, ideo cualitas ista non debet esse in potestate patris. Ideo patri instituenti filium quem legítimum dicat, non creditor [34] in tantum ut non possit intentare beneficium" el de la Ley Final Cod. de Edict. Divi Adrian. Si consanguinei patris negent legitimationem.

"Nec, continúa, estatur asertioni patris instituentis filium tanquam legitimatum, qua cum lex prohibeat filium spurium institui; et qui dicit legitimatum, tacite fatetur eum esse incapacem, lex rejecit hanc dispotitionem, quasi cenceatur voluisse fraudare legem et testari in casu prohibito. Regula ergo illa quod in dubio, quilibet presumatur capax, non procedit in hoc casu quando capacitas dependet a dispositione vel confessione tantum patris naturalis; et ita capacitas non recidet in potestate patris suspecti, sed aliunde constare debet per extrinsecas et veras probationes".

Las declaraciones de los padres en sus últimas voluntades sobre deudas no perjudican la porción de los hijos legítimos ni traen aparejada ejecución. Es preciso que el acreedor pruebe efectivamente la deuda. Vela, disert. 42 per totam. Febrero tom. 5. pag. 24. nº 14. Con más razón pues no debe traer aparejada ejecución la aserción de ser alguno su hijo legítimo, cuando no está así demostrado por un matrimonio preexistente.

Gutiérrez pract. quest., questio 112, sostiene que la sola declaración del padre en su testamento o en otros actos aunque sean judiciales no prueban la filiación legítima en perjuicio de tercero.

Lo mismo Antonio Gómez in lege 9. Nº 35 y 36 fundándose en la ley qui testam. Dig. de probationibus.

[34] CASTILLO, lib. 5º, Cap. 104.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Mascardo, *De probationibus* tom. 1º conclusión 364, per totam, sostiene extensamente, *quod confessio parentum non operatur in prejudicium legitima filiorum.*

Lo mismo Menoquio, presunciones lib. 3º Nº 58. y siguientes.

[3.] *Habiendo aparecido un testamento de D. Francisco Juanicó fecha de 1811, 31 años antes de su muerte declarando que de su matrimonio con Dª Juliana Tegeria había tenido entre sus otros hijos, a D. Carlos y a Dª Carolina, pedía ésta la posesión hereditaria por la declaración del padre.*

Algunos han dicho que por la ley 9. tít. 8. lib. 5. Recop. estaba resuelto que el reconocimiento del padre bastaba para probar la filiación, fundándose en las palabras. *"Con tanto que el padre le reconozca por su hijo... Ca concurriendo en el hijo las cualidades susodichas mandamos que sea hijo natural".*

Pero la ley citada no ha pretendido derogar ni deroga las leyes del derecho común y de Partida que establecieron las pruebas de la filiación. Gregorio López comentando la ley 2. tít. 14. P. 4. en la penúltima glosa y tomando en consideración la dicha ley 11. de Toro enumera los otros requisitos que son necesarios para probar la filiación. La ley recopilada solo impuso una condición más para la prueba de la filiación natural y no derogó leyes algunas. Esta es la opinión general de los autores. Castillo con los innumerables autores que cita en el lib. 5. Cap. 125. Nº 6.

Pero si puede ésto decirse por alguno será solo respecto al hijo natural y no de los legítimos, para los cuales es necesario el matrimonio, preexistente. Siempre será preciso ocurrir a la fuente de la legitimidad y averiguar si el hijo de que se trata, había o no nacido durante el matrimonio de sus padres.

¿De qué valor será esa prueba, cuando contra ella obran documentos anteriores que hacen plena fe? Por la acta de nacimiento de la señora Callado, ella nació en 16 de Septiembre de 1805 y fue arrojada como huérfana a las puertas de Dª Agustina Pagola siendo su madrina de bautismo Dª Juliana Tegeria.

D. Francisco Juanicó según la partida de matrimonio se casó con Dª Juliana Tegeria el 16 de Marzo de 1807. Luego es falsa la aserción del testamento que la da por hija tenida durante el matrimonio.

Hay una nota al margen de este asiento, firmada por D. Francisco Juanicó y Dª Juliana Tegeria en 12 de Septiembre de 1836 en que confirman la fecha del nacimiento de la niña Carolina, y la del casamiento de ellos a los dos años después en 1807.

En la partida del casamiento ya el cura decía de la niña Carolina tenida antes del matrimonio, *antes de ahora,* dice el párroco.

Luego si se está a los asientos de la Iglesia, no diré a las notas, a lo que es auténtico solamente, a la fecha del acto del nacimiento de la señora Callado y del matrimonio de D. Francisco Juanicó, está destruida la declaración hecha en el testamento caduco de 1811.

[4.] *¿Esos actos de nacimiento y matrimonio qué fe merecen?*

El acto emanado de un oficial público, que tiene carácter para testificarlo y ante quien debió hacerse como exclusivo de su ministerio hace plena fe del hecho que ante él pasó. A diferencia de los documentos públicos y privados, él no necesita otra firma que la del encargado de asentarlo. Limitado a solo lo que debió ser del ministerio del párroco los sacramentos del bautismo y matrimonio, él hace plena fe de estos hechos. Y prueban *rem ipsam.*[35] Tales son los asientos de los Curas respecto a los Sacramentos que administran. El Concilio Tridentino mandó que llevaran esos libros Sec. 24 Cap. 3. de reform. matrim.

La ley 25. tít. 13 lib. 1º R. de Ind. ordena a los Curas que los lleven. Manda lo mismo y encarga su cuidado la Real Orden de 21. de Marzo de 1749 (es la nota 10. a la ley 10. tít. 22. lib. 7. Nov. Recop.).

Murillo en el comentario al libro 2º de las Decretales tít 22. Nº 184 enseña que los asientos en los libros parroquiales hacen plena fe. Léase a Toullier tom. 8. pág. 299. desde el Nº 202, Elizondo tom. 4. pág. 240 Nº 44. Luca de Judic. Discurso 30.

Luego estos actos auténticos destruyen la fuerza que aún pudiera dársele a la declaración contenida en el testamento de D. Francisco Juanicó.

35 MERLIN, Authentique act., Pothier, tom. 1º, pág. 437.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

[5.] *Impedimento para el matrimonio entre Da. Juliana Tegeria y D. Francisco Juanicó, este último, padre natural de Da. Carolina.*

El Concilio Tridentino sec. 24. Cap. 2, declara el impedimento para contraer matrimonio entre el padrino y madrina y el padre del bautizado. La letra del texto demuestra que es preciso saber con quien se contrae parentesco. Los tratadistas se fijan mucho en los asientos que debe hacer el párroco de los cuales habla el Concilio y ellos son los que hacen notorio el parentesco espiritual que por supuesto no comprende a los padres no conocidos.

Gutiérrez, Tractatus de Matrimonio Cap. 100, trata del impedimento del parentesco espiritual y exige pleno conocimiento de él para impedir el matrimonio.

Murillo lib. 4 tít. 11. Nº 105, dice lo mismo.

Sánchez, De matrimonio lib. 7 Nº 16 trata si el parentesco se contrae o no con los padres naturales o ilegítimos.

Pero lo principal para el caso, no es tanto el matrimonio cuanto la filiación legítima, que puede tener lugar aún cuando el matrimonio no fuese válido. La ley 2, tít. 15 P. 4 y 4. tít. 6 lib. 3. Fuero Real solo hace ilegítimos a los hijos cuando ambos, marido y mujer, saben el impedimento. Uno solo que lo ignore la prole es legítima. Esta ley repite al final de la ley 19, tít. 2 P. 4. Todos los tratadistas de matrimonio están conformes en este punto.

Gutiérrez, De matrim. Cap. 71, per totum.

[*] [6] *Del impedimento affinitate ex copula illicita.*

Da. Carolina Juanicó había sido hija verdaderamente de una hermana de Dª Juliana Tegeria y de D. Francisco Juanicó. Podría entonces alegar el impedimento que existía *ex-copula illicita.*

El Concilio de Trento redujo este impedimento al 2º grado del cuarto a que antes se extendía. Sec. 24 de reform. matrim. Cap. 4. Por lo tanto ha caído bajo el imperio de los breves pontificios citados en el teatro de la legislación asiento *matri-*

[*] Los párrafos siguientes no fueron publicados en la Revista de Legislación y Jurisprudencia ni en el libro citado al comienzo de este escrito.

monios que declaran válidos los matrimonios contraídos con este impedimento.

Murillo trata expresamente de él en el lib. 4, tít. 13, y allí se encontrarán las leyes de partida que se refieren a él, en parte reformadas por el Concilio Tridentino y del todo por los breves pontificios.

A este impedimento es del todo aplicable lo dispuesto por la ley 2ª tít. 15, P. 4: que deba ser conocido por ambos cónyuges para que la prole sea legítima. En ningún caso puede ya tratarse de la validez de un matrimonio ya concluído por la muerte de marido y mujer, sino solo de la legitimidad de los hijos que pueden suceder sin que el matrimonio haya sido válido y firme.

Este impedimento, la *cópula* ilícita debe ser público para que cause afinidad. Así está decidido por la Iglesia. Pothier tom. 5, pág. 97, cuestión 5ª trae las decisiones de los Papas a las cuales no habrá que contestar. Merlin, Reperto. art Empêchement § 4º Art. 3º Alejandro. 3º, al Cap. 4, del tít. de *eoqui cognovit consanguineam*, manda así: *De eo qui mulierem quandam cognovit; et filiam ejusdem sibi postea in matrimonium copulavit, cui jam per decenium cohabitavit, tuae pendentie respondemus, quod si delictum ejus sicut nobis significasti, occultum existit, poenitentia sivi condigna debet imponi, neque ut ab uxore, quae tanti seleris inicia est separandus si autem id publicum est et notorium esse dignoscitur, ab uxore separari debet, et perpetuo sine spe conpugii permanere.*

Para probar suficientemente que un hombre antes de su matrimonio ha tenido un comercio ilícito con una parienta de su mujer, no basta que en el barrio o en el pueblo se diga así, sino que son precisas pruebas acabadas del hecho por el cual se ha de irritar el matrimonio. El mismo Pontífice en el lugar citado lo ordena así "*Rumor vicinae, non est momenti usque adeo validi judicandus, quod nisi rationabiles et fide dignas probationes accedant, possit bene constitutum matrimonium irritari*".

Subsistiendo el matrimonio, las leyes del tít. 9. P. 4, permiten acusarlo por el pecado en que viven los cónyuges; pero acabado por la muerte de alguno de ellos, falta la razón de la ley: no hay parte con quien discutirse el pleito, y el matrimonio no podría acusarse sino indirectamente tratarse de la legitimidad de los hijos; y esto sólo pueden hacerlo los que tengan un derecho, que no lo tiene Da. Carolina Juanicó, porque no es pariente colateral y su filiación natural está ella misma en cuestión y nada se ha juzgado aún.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

III

CUESTIÓN DE FILIACIÓN DE D. FRANCISCO BERDIER Y DOÑA VICENTA RAMÍRES

[1849]

Los hechos de esta causa se exponen al principio del escrito siguiente. D. Avelino Sierra principiaba el pleito ofreciendo una información sumaria de ser su mujer Dª Vicenta Ramíres, hija legítima de D. Ignacio Pequeño y de Da. Lucía Ramíres, y esta solicitud era la que yo contesté. Debe saberse que efectivamente Dª Vicenta Ramíres era hija de Dª Lucía Ramíres, pero no de D. Ignacio Pequeño, sino del mismo D. Francisco Berdier...

* * *

D. Avelino Sierra principiaba un pleito muy grave sobre la filiación de su mujer, Dª Vicenta Ramíres, y se ve en la necesidad de exponer odiosos y criminales procedimientos por haberse ocultado la legitimidad de su esposa. Comprendiendo que se desvirtuaría su acción si estos actos ocultos referidos con reticencias que nadie le exigía fueran actos de sus pretendidos padres, me elige por blanco de sus tiros, y desde su primer escrito me presenta a V. S. como un usurpador de los bienes de su mujer, como el autor de las desgracias de ella, como el inventor de las maquinaciones e intrigas que han sido precisas para poner a Dª Vicenta Ramíres en una condición indigna. La contestación me era muy fácil. Yo era un extraño en la familia, y era imposible tener un valimiento tal ante sus padres para que desde el día de su nacimiento la desconocieran, le negaran el ser que le hubiesen dado, y amargaran su existencia con una mancha

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

indeleble. Comprendo su posición, la necesidad de un crimen para una demanda del género de la suya. No es una mera conveniencia para su causa; es un antecedente necesario; un elemento imprescindible para el juicio del magistrado. En las cuestiones de estado semejantes a ésta, siempre se ha llegado a un hecho luminoso que explica todos los procedimientos; siempre aparece el fin, el interés, siempre se ven las personas de cuyo doloso ministerio se han valido los autores del crimen. Nunca hechos tales como los que indica D. Avelino Sierra han dejado de tener una mano oculta, un interés dominante que conduce la existencia de la persona cuyo estado de familia se ha variado. Pero jamás tal vez, puede decirse en honor de la humanidad, ha concurrido la voluntad de los padres, y de los demás ascendientes a variar la condición de un hijo legítimo. Siempre ha sido un huérfano, siempre un ser indefenso en el mundo el que ha aparecido víctima de crímenes de ese género. D. Avelino Sierra me injuriaría sin suceso si no demostrara al lado de la criminal conducta que me atribuye, el delito inaudito de los padres de su mujer. Ellos y no yo, han fijado en actos solemnes la condición de Dª Vicenta Ramíres. Yo no he podido tener parte alguna en los hechos que les eran propios, cuando aún no me había casado con la única hija y heredera legítima de D. Ignacio Pequeño y de Da. Lucía Ramíres: no me había unido a su familia, ni nada me importaba que tuvieran uno o diez herederos. Mi mayor defensa será pues hacer ver desde su origen el nacimiento y el estado de familia de Dª Vicenta Ramíres constante de documentos en que no he podido tener parte alguna.

Dª Vicenta Ramíres, fue bautizada solemnemente en la parroquia de la Catedral al Norte el 10 de Mayo de 1827, como hija de padres no conocidos, siendo su madrina Da. Petronila Puente, según consta del testimonio certificado del asiento bautismal presentado en el expediente.

Da. Petronila Puente mujer legítima de D. Fernando Ramíres, estando en completa salud otorgó su testamento público cuyo testimonio acompaño; y en la cláusula 3ª, declara cuáles sean sus hijos y nietos legítimos y nombra a mi actual mujer Da. Clara Pequeño como a única hija legítima de su hija Da. Lucía Ramíres en su matrimonio con D. Ignacio Pequeño y la instituye por uno de sus herederos en la cláusula 8ª.

Por esta cláusula hace un legado del remanente de su 5º, del tenor siguiente: *Es del mismo modo mi voluntad legar el remanente de mi quinto a dos jóvenes hermanos llamados D. Pedro y Da. Vizenta que llevan el apellido de mi marido Ramíres.* Este testamento fue otorgado el 4 de junio de 1845.

Yo como albacea de dicha Da. Petronila Puente de Ramíres, cumplí con el legado en Abril del año pasado entregando a D. Avelino Sierra que ya estaba casado con Da. Vicenta Ramíres 4007 pesos papel como mitad líquido del quinto según consta del recibo firmado y reconocido por él que en la debida forma presento. Como hubiera menores en la sucesión de dicha Da. Petronila Puente, todos los actos para liquidarla fueron judiciales, según resulta del expediente acompañado.

Se ve también por la letra de la cláusula 6ª, que el apellido Ramíres de la huérfana Da. Vizenta lo toma de D. Fernando Ramíres, marido de Da. Petronila Puente, y no de mi finada suegra Da. Lucía Ramíres.

Dn. Ignacio Pequeño, falleció bajo el poder para testar que dio a su mujer Da. Lucía Ramíres, el 1º de Noviembre de 1827. Este poder se halla inserto en el testamento presentado en estos autos. En él declaró por su única y universal heredera a mi mujer Da. Clara Pequeño de su matrimonio con Da. Lucía Ramíres.

Esta señora como su comisaria para testar otorgó el testamento largo que corre a foja 3 en 28 de enero de 1828. La cláusula 4ª dice así: *Item me comunicó él, y yo en su nombre, declaro que era casado según orden de nuestra Santa Madre Iglesia conmigo la otorgante, del cual matrimonio habíamos tenido por nuestra hija a Da. Clara Pequeño a la que declaro por tal su hija legítima.*

Por la cláusula 11ª, la instituye por su única y universal heredera.

Como los huérfanos que llevaban el apellido de Ramíres se habían criado en casa de la madre de mi mujer, ella siempre decía que les había de dejar el quinto de sus bienes. Pero murió intestada; y mi mujer y yo cumplimos religiosamente con lo que conocíamos en la voluntad de Da. Lucía Ramíres. Liquidada su testamentaría otra vez D. Avelino Sierra, recibió por su mujer Da. Vicenta Ramíres en junio del año pasado, la mitad del quinto importante 17.587 pesos m. c. y 594 en oro y plata sellada según resulta del recibo que también acompaño.

Cuando D. Avelino Sierra trató de casarse con Da. Vicenta Ramíres, exigió que su futura mujer apareciera como hija legítima de Da. Petronila Puente que la había criado; y la partida de su casamiento se sentó así dándola por hija legítima de D.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Fernando Ramíres y Da. Petronila Puente siendo los testigos del matrimonio yo y mi mujer Da. Clara Pequeño. No pretendió pues que en este acto mi suegra Da. Lucía Ramíres, apareciese como madre de Da. Vicenta.

D. Ignacio Pequeño, falleció el 5 de Noviembre de 1827, según resulta de la fe de muerto certificada a foja 14. Comparando esta fecha con la del nacimiento de Da. Vicenta Ramíres foja 13, resulta que ella tiene sólo seis o siete meses, al fallecimiento del que llama su padre, edad sin duda en que no podían haberse creado odios ni motivos que destruyesen los sentimientos más naturales de un padre.

Como se ve por la cláusula 6ª del testamento de Da. Petronila Puente, Da. Vicenta Ramíres tenía otro hermano llamado D. Pedro, que actualmente vive, entre los cuales se repartió el quinto de mi finada suegra, Da. Lucía Ramíres y Da. Petronila Puente. Este hermano no sale al pleito y lejos de eso reconoce la ilegitimidad de su nacimiento y el de su hermana Da. Vicenta.

Resulta de estos antecedentes, que las personas a quienes D. Avelino Sierra llama padres de su mujer, nunca la reputaron por hija; que había nacido y criándose en otra casa que la de los padres que reclama; que el finado D. Ignacio Pequeño murió sin conocerla, sin haberla visto jamás; que en los actos más solemnes de la vida, en los testamentos que ambos otorgaron, no la contaron en el número de sus hijos; que entró al mundo como una huérfana de padres no conocidos; que jamás estuvo en la posesión de un estado de familia; que su mismo hermano de padre y madre, la única familia, diremos así, que ha tenido, la reputa por ilegítima; que desde su nacimiento y aún cuando contrajo matrimonio con su actual marido, jamás usó del apellido *Pequeño*, sino Ramíres, por D. Fernando Ramíres; que no solo los que llama sus padres sino también los padres de éstos la tuvieron y reputaron como a hija bastarda de padres no conocidos, y que como a tal la nombraron en su testamento; que el mismo su actual marido, sabiendo bien la filiación de su mujer y conociendo las disposiciones testamentarias de Da. Petronila Puente, recibió a nombre de ella un legado que le dejaba como a extraña la que hoy llama abuela legítima; que lo mismo sucedió en la testamentaría de Da. Lucía Ramíres mujer de D. Ignacio Pequeño, y que ambos recibos los dió nombrando a su mujer Da. Vicenta, con el apellido de Da. Vicenta Ramíres y no del finado Pequeño.

Puestos estos antecedentes aún cuando Da. Vicenta Ramíres

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

fuera hija del finado Pequeño y su mujer y hubiera sido preterida en el testamento de ellos, no podía ya usar de la querella de inoficioso, después que había aprobado la última voluntad de los que llama padres legítimos y recibido sin protesta alguna de los herederos testamentarios un legado mandado como a extraña. Hablando de este preciso caso la Ley 5ª, tít. 8, P. 6 dice: "Mas si aquella parte se dejase en testamento no como a heredero mas como en razón de manda, entonces podría quebrantar tal testamento. Esto se entiende si el fijo no recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiese e non lo protestase, diciendo que le fincase su salvo, la querella que había de tal testamento, non podría después quebrantarlo".

Aún cuando no existieran esos actos comprobados con los recibos presentados, la querella de inoficioso no puede admitirse desde que había pleito sobre la filiación, desde que los pretendidos padres no la reconocían en sus últimas voluntades; desde que los herederos testamentarios la negaban ante el Juez de la causa. Sucedía entonces una cuestión perjudicial sobre el estado de familia de la demandante que debía ser resuelta antes del juicio de inoficioso testamento. Las leyes que hablan de la materia suponen la filiación reconocida por los padres, o por una posesión pública y constante del estado de familia; hablan del hijo preterido y no del que tiene aún que probar que es tal hijo. La cualidad es esencial, y sin ella, como que a ella sola son los beneficios de las leyes, no hay juicio de preterición desde que no haya hijo reconocido o declarado tal por sentencias ejecutoriadas. No hay interdicto, no hay acción sumaria alguna para alcanzar la posesión, si no está consentida o probada la filiación o supuesta por la posesión de estado. "Tamen interdicto quorum bonorum, decía la ley Romana, non aliter possessor constitui poteris quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionen admissum probaberis".

En el estado pues que tienen las cosas, no puede hacerse lugar al juicio de inoficioso testamento sin ser previamente rescindidos los actos del demandante que asentían a las disposiciones de los testadores. Su principio sería también el fin y en la cuestión de preterición solo se trataría de la cuestión de la filiación. La querella de inoficioso testamento supone un hijo sobre cuya filiación no hay pleito, un hijo reconocido a quien se ha omitido instituir en el testamento del padre; y ella no se da sino al que tiene un derecho propio a ser nombrado heredero. El hijo no reconocido por su padre, el que no está en la posesión de un estado legítimo de familia, no puede querellarse

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

que sus padres lo han olvidado, porque todavía no los tiene y debe creárselos diré así.

El señor Sierra reconoce la necesidad de probar la filiación y dice que con ese objeto ofrece la información sumaria ¿pero por qué principio sería éste un juicio sumario? Esa filiación está negada por los que llama padres, y abuelos; está negada por toda la familia a la cual quiere pertenecer su mujer. Ella no ha llevado el nombre de esa familia, ni en los actos de mayor consecuencia, como los recibos de fojas 17 y 18, ni al contraer matrimonio con su actual esposo, ha usado del apellido de *Pequeño;* no se ha llamado su hija obrando en todo en conformidad al asiento bautismal de veinte años atrás. Hasta el apellido de Ramíres no le viene de Da. Lucía sino de D. Fernando Ramíres, marido de Da. Petronila Puente, como esta señora lo declara en su testamento. No hay un acto de violencia que la haya recientemente despojado del estado y condición de hija legítima. No se me puede culpar de los hechos que han fijado su nacimiento como ilegítimo. No hay en fin una causa privilegiada para un juicio sumario, ni los antecedentes precisos para ese género de procedimientos. La querella de inoficioso testamento es la acción misma y no un remedio separado de la petición de herencia. No es un juicio preparatorio para alcanzar la sucesión que se pretende, como la acción *ad exhibendum* es preparatoria de la reivindicación; no hay dos juicios, uno de querella, y otro de petición de herencia, sino que el mismo título de inoficioso testamento es la causa por la que la herencia se vindica. En este solo juicio, el testamento se impugna y al mismo tiempo se pide la herencia, como cuando por una acción rescisoria de la prescripción se pide que la usucapión se rescinda al mismo tiempo se vindica la cosa[1], por consiguiente su acción de inoficioso testamento, el fundamento de ella que es la filiación legítima debe tratarse en un juicio como todas las acciones petitorias, o que dan un título no sólo a la posesión sino también a la propiedad. Mas el señor Sierra ha creído que una información sumaria sin demanda de filiación es el principio, la prueba y el fin de las acciones posesorias y petitorias que tendría su mujer en los bienes de los que llama padres y abuelos legítimos.

El señor Sierra comprende la dificultad y las consecuencias de su acción y para no aparecer sosteniendo un extremo en el resultado a que conoce que no puede llegar, dice que la información que ofrece solo le daña la posesión de la herencia, sin

[1] Vinio al título de inoficioso testamento.

perjuicio de disentir la filiación en un juicio ordinario para adquirir la sucesión de los padres de su mujer; y que aún esa posesión sería solo provisoria durante el juicio sobre la filiación legítima. Pero un juicio no es sumario por ser posesorio, ni es precisamente ordinario cuando es petitorio. La ejecución preparada que traen los títulos públicos puede únicamente salvar las formas comunes u ordinarias de los procedimientos. Las leyes no dan la posesión hereditaria sino con el antecedente de un testamento sin vicio alguno, y cuando no haya contradictor legítimo de la filiación que motiva la institución o cuando se tiene una posesión de estado tan pública y caracterizada que el Juez no pueda dudar que el que se presenta sea ascendiente o descendiente legítimo como se expresa la Ley de Indias[2]. No habiendo en las sucesiones ningún derecho posesorio por parte del heredero legítimo antes de la muerte del dueño de los bienes, la posesión se alcanza solamente por el título de propiedad. Pero si este título no es ejecutivo, si no tiene todas las formas probantes que la ley requiere para que él lleve una ejecución preparada, no hay entonces juicio sumario de posesión hereditaria. El título en nuestro caso, para adquirir esa posesión es la filiación legítima de Da. Vicenta Ramíres. Pero ésto es lo mismo que tiene que probar el señor Sierra que no está probado en forma alguna de aquellas que traen aparejada ejecución; y que no puede probarse sino en juicio ordinario cuando falta la posesión de estado, la institución de los padres, el reconocimiento de ellos, y le son contrarios los asientos bautismales.

Solo cuando en un impúber, precisamente en un impúber se reunen los dos títulos, la institución de los padres y la filiación legítima, la ley le da hasta la pubertad la posesión provisoria o la cuasi posesión de la herencia, y no permite se abra el juicio sobre la filiación, hasta que el huérfano haya llegado a la pubertad. Se da la posesión digo, si está instituído heredero en el testamento de sus padres, y pudiere a más dar algunas pruebas, aunque incompletas de su nacimiento legítimo. La ley juzga ésto bastante para que los colaterales durante la infancia no la promuevan pleito sobre su estado de familia; pero sin duda que se ha entendido mal el edicto Carboniano, si se ha creído que el o la L. 7. Tít. 22, P. 3, que lo adoptó, mandasen dar la posesión hereditaria contra las declaraciones de los padres, contra la posesión del estado y condición en que se ha vivido; contra el acta de nacimiento; contra los hechos propios que la confirman, por

[2] L. 43, tít. 32, lib. 2. R.I.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

solo una información sumaria de testigos tan fácil de producir. El impúber de que habla el edicto Carboniano debía estar asistido de la institución en el testamento del padre, y el beneficio que le da la ley, es el de repeler toda contradicción, a la posesión hereditaria por el pleito que nazca sobre la filiación, con tal que con algunas pruebas aunque incompletas, pudiera sostener la declaración hecha por los padres, como se ve por la L. 2, tít. 14. P. 6, que explicó la L. 7. tít. 22. P. 3, cuyo solo objeto había sido hablar de las sentencias interlocutorias.

Merlin pone nuestra misma cuestión y la decide haciendo inadmisibles las informaciones sumarias. "Cuando no se ofrece, dice, sino una información sumaria de testigos para justificar todas las circunstancias de donde se pretende hacer resultar una presunción jurídica de legitimidad ¿deben los jueces admitir esta clase de pruebas? La negativa no sufre ninguna duda en tesis general. Los juriconsultos romanos, aunque naturalmente dispuestos a dar a las declaraciones de testigos el mismo efecto que a los actos más solemnes, miraban sin embargo la prueba testimonial como insuficiente en las cuestiones de estado. Era a sus ojos del más grande peligro hacer depender el destino de una familia, su reposo, su seguridad, de la ignorancia o de la malicia de un testigo apasionado sorprendido o corrompido", etc., etc. [3].

Vuelve en otra parte sobre lo mismo y dice: "Una observación que jamás debe perderse de vista en las causas de esta clase (en las cuestiones de estado de familia) es que la prueba testimonial no puede jamás ser admitida sino cuando se trata de dar un estado a una persona que no lo tiene sino equívoco. Toda vez que la prueba ofrecida es combatida por la prueba contraria que resulta del título y de la posesión en la cual está el reclamante de un estado diferente de aquel que quería reivindicar, la Justicia debe cerrar el oído a su demanda. Las declaraciones de los testigos bien puede suplir a la prueba legal que falte pero no destruir la prueba legal que existe". [4]

Couchin en la defensa de la señora Bruix, sostenía también, que la prueba testimonial sólo podía ser admitida cuando los títulos y la posesión de estado se chocan y contradicen. "En la balanza, dice, de estas pruebas contrarias se puede para determinar recibir el arbitrio de la prueba testimonial y de toda otra clase de pruebas porque no estando la verdad sellada con los caracteres cuya concurrencia exigen las leyes, es preciso

[3] MERLIN, verb. Legitim., Sec. 3ª § 2º.
[4] Id., § 4º.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

prestarse a todos los esclarecimientos que puedan manifestarla. Pero jamás se puede formar una cuestión seria sobre el estado de familia de un ciudadano, cuando los títulos y la posesión están de acuerdo a este respecto; sea que estas pruebas se reúnan al estado que se contesta, sea que se reúnan para excluirle del estado al cual se aspira".

Sobre todo, esa sumaria información iría a oponerse a otras pruebas preexistentes al pleito, superiores por sí a la más calificada prueba por testigos. Hoy no tratamos precisamente de la prueba testimonial sino de la virtud, de la fuerza de una información sumaria para destruir todas las pruebas naturales del estado de familia que fijan la condición de Da. Vicenta Ramíres, como hija de padres no conocidos. Se ha creído tal vez que por testigos se prueban todos los hechos; que dos testigos pueden destruir todo género de prueba. Pero esta doctrina errada o exagerada será cuando más en el caso de darse una prueba completa por testigos y no meras informaciones permitidas sólo en casos muy especiales; pues que entonces también la parte contra quien se litiga podría producir la prueba testimonial. Se compararían ambas, y el Juez valorándolas al fin de un juicio plenario podría recién dar fe a la declaración de los testigos. Repetiré mil veces, la información sumaria no es una plena prueba y se produce en circunstancias que no se le puede oponer otra información contraria. La eficacia es ninguna para enervar las pruebas del hecho que ya existían antes del pleito.

Estas pruebas señor, son lo primero, la falta de posesión de estado de familia de Da. Vicenta Ramíres. La posesión de estado de un hijo legítimo se compone del nombre que lleva y bajo el cual es conocido; del rango que ocupa en la familia; de los actos del padre y de la madre que han provisto a su crianza y educación; del reconocimiento de los ascendientes y de los parientes que lo han recibido como a tal; del juicio que han tenido constantemente de su nacimiento los vecinos y los amigos de la familia, de las relaciones en fin de parentesco. Pero Da. Vicenta Ramíres no tiene la posesión de estado de hija legítima; no ha nacido en casa de los que llama sus padres. Estos no la han criado y alimentado en sus primeros años; no ha llevado el apellido de ellos, sino el del dueño de la casa donde la recogieron. La que llama madre no ha aparecido embarazada de ella en los meses anteriores a su nacimiento. D. Ignacio Pequeño no la ha recibido por hija, no la ha visto nunca, no sabía que existía, y no la nombra en el número de sus hijos al otorgar su testamento. La que tiene por abuela materna la desconoce igualmente, le da

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

el apellido Ramíres, del marido de ella que la recogió; la trata como una huérfana, lo mismo que la pretendida madre legítima Da. Lucía Ramíres. Vive así por muchos años y se casa bajo el nombre de Vicenta Ramíres, llamándose hija legítima, no ya de D. Ignacio, sino del marido de Da. Petronila Puente. Este estado, esta posesión diré de una filiación ilegítima, esos mil actos dimanados todos de un solo antecedente, testigos tales como los mismos que llama sus padres, sus abuelos, valen sin duda más que una información sumaria.

La posesión del estado de familia puede ser más o menos constante, más o menos perfecta. Cuando ella es completa y absoluta es sin duda la mejor y más indudable prueba de la filiación legítima, o porque es imposible al hijo usurparla, o porque le viene de aquellos mismos que tendrían más interés en contradecirla. La ley [5] le da la fuerza de una cuasi posesión de la filiación, por la que se adquiere la cuasi posesión de la herencia, o la posesión provisoria. Así también la falta de esa posesión del estado de familia o un estado contrario al que se pretende alcanzar, es un fuerte comprobante de la ilegitimidad, porque no es fácil presumir que los padres a quienes la naturaleza arrastra hacia sus hijos les nieguen el ser que les dieron; que el embarazo y alumbramiento de la madre se haya ocultado a toda la casa, y hasta del marido de ella, de los sirvientes y vecinos, y que todo el pueblo concurra a darle un nombre que no correspondía a su nacimiento. La dificultad del secreto en los actos preparatorios para llegar al fin y arrojar de la familia a un hijo legítimo, da a la voz pública una inmensa fuerza, porque un testigo solo del nacimiento legítimo revelaría el secreto y haría ver a todos el crimen de los padres.

Otra prueba contra el estado de familia que se pretende, prueba preexistente al pleito es el asiento bautismal de Da. Vicenta Ramíres como hija de padres no conocidos. En ese momento principiaba la posesión de su estado, o más bien, desde su entrada al mundo aparecía ya sin familia legítima, sin padres conocidos. Para variar ese acto, para ser otra cosa en la vida civil, para tener otro estado que el que da el acta del nacimiento, para adscribirse a una familia, y tener los derechos que la ley concede a los hijos legítimos, le eran precisas las sentencias de los jueces después de pruebas plenas sobre los hechos y el delito de los padres. Mientras tanto, el título del nacimiento, como el título originario fijaría su condición; y la familia, los padres

[5] L. 43, tít. 22, Lib. 2º, R.I.

que querría darse, o los sucesores legítimos tendrían derecho a ser oídos en juicio plenario sobre los procedimientos criminales que se les imputaban por haber presentado en otra familia, o en familia desconocida al que era de la suya propia.

La fuerza probatoria de los asientos bautismales, nace de lo que generalmente sucede. Los padres asientan en los libros parroquiales, como es de su deber, el nacimiento de sus hijos, y la calidad de la filiación. Aunque pudiera ser que en alguna ocasión cometieran en ésto un crimen de falsedad, no por eso el acto dejaría de tener su fuerza probante mientras el delito no se demuestre. También se cometen falsedades en los instrumentos públicos; se suponen contratos y hechos que no han pasado, y no por eso se dirá que los asientos públicos no hagan prueba de los actos que expresan. Será tan singular el caso en que los padres supriman a un hijo legítimo su estado de familia, y le den desde su nacimiento una filiación supuesta, que no ha debido tomarse en consideración la posibilidad de tal delito para quitar a los asientos bautismales su mérito probatorio. Bastará que se admita la prueba en contra, pero una prueba plena y no meras informaciones de testigos, a la par de los instrumentos públicos, porque en todos ellos, y en todas las pruebas puede cometerse el crimen de falsedad, y ciertamente que la prueba testimonial es la que presenta más ejemplos. Así es que desde los tiempos más antiguos de la jurisprudencia una de las pruebas de la filiación ha sido los asientos bautismales. *Natales non proffesio adsignat parentes* declaraba la Ley del código Romano [6], quedando siempre lugar a probar una omisión, o simulación en los libros de los actos civiles *libris actorum* como los llamaban los Romanos. ¿Ni a qué vendría la recomendación que hacen las Leyes [7] a los Párracos sobre la importancia de sus libros, del repetido encargo de llevarlos, si ellos no habían de tener fuerza alguna probatoria? Los canonistas que tratan de la materia enseñan que en los juicios hacen plena fe, mientras no se arguyen de falsos [8]; luego desde que se quiere demostrar que se cometió un crimen, que hubo una falsedad al asentar el nacimiento de Da. Vicenta Ramíres como hija de padres no conocidos, el juicio debe ser plenario y no bastará una información sumaria.

[6] L. 22, Cód. de lib. caus.
[7] L. 25, tít. 13, lib. 1º, R. de Inds. Nota 10 a la L. 10, tít. 22, lib. 7, Na.Rn.
[8] MURILLO, lib. 2º, tít. 22, nº 184; TOULLIER, tom. 8, nº 202; LUCA, de Judicis Disc. 30, Elizdº, tom. 4º, pág. 240, nº 44.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

La tercera prueba anterior al pleito existente en autos y que pretende destruirse con una información de testigos nace de las declaraciones solemnes de los padres y abuelos de la esposa del señor Sierra. Y no diré, Señor, que está en manos de los padres quitar a sus hijos el estado legítimo que les dió su nacimiento. Pero hay tal fuerza en la naturaleza que es imposible, puede decirse, que un padre legítimo, sin interés alguno desconozca a su hijo desde el momento que nace; que lo desconozca la madre cuando ya el padre no existe; que lo desconozcan los abuelos que lo han criado después que el padre y la madre murieron, cuando se había acabado el motivo que en algún caso pudo haber en alguno de ellos para el desconocimiento del hijo. Tales son las circunstancias agravantes de las declaraciones de D. Ignacio Pequeño, de Da. Lucía Ramíres y de Da. Petronila Puente.

El primero testa en Noviembre de 1827 y declara por su única hija y heredera a Da. Clara Pequeño. No nombra ni conoce a Da. Vicenta Ramíres, entonces de edad de seis meses. Si él hubiese sabido que era hija de su mujer, si lo hubiera presumido siquiera, y por celos no la reconociera por hija suya, no se habría sin duda satisfecho con preterirla, con olvidarla en su testamento sino que habría hecho una declaración expresa sobre la filiación de ella. Algo más, no hubiera hecho a su mujer comisaria para testar, precediendo al desconocimiento de la hija que ella hubiese tenido, ni le hubiera merecido esa confianza una mujer que creyera infiel.

Da. Lucía Ramíres en Enero del año siguiente testa a nombre de su marido y en la cláusula cuarta dice que él declaró que no había tenido de su matrimonio sino una hija Da. Clara Pequeño. Sierra no ve en ésto sino una repetición del testamento de D. Ignacio Pequeño; pero es su mujer la que repite esa declaración y esa única institución de heredero sin protesta, sin salvar de algún modo su honor, si ella hubiera reconocido por su hija a Da. Vicenta Ramíres. Da. Lucia, comisaria de su marido vive once años más, y en todo este tiempo nada hace por desmentir la preterición y la institución de un solo heredero que hace su marido, todo lo cual ella había confirmado en el testamento largo. Tutora natural de esa joven huérfana desconocida, como se dice, por su padre; madre, mujer de honor, ni reclama por ella, ni reclama por esa hija a quien se hubiera hecho tal injuria y desconocídosele sus derechos sucesorios, muere así en 1838 dejando establecido por única heredera de su padre y de ella misma a mi mujer Da. Clara Pequeño.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Habían pasado veinte años desde el nacimiento de Da. Vicenta Ramires, cuando Da. Petronila Puente en 1847 otorga también su testamento. D. Ignacio Pequeño y su mujer no existían: ya no podía haber esos celos que solo D. Avelino Sierra ha creado entre Pequeño y su mujer; y sin embargo en la cláusula tercera nombra a mi mujer Da. Clara Pequeño como única hija legítima de su hija Da. Lucia Ramíres. No olvida a Da. Vicenta Ramíres a quien ha criado desde su nacimiento. Expresa el origen del apellido que lleva y le hace un legado. Esta concurrencia de los padres en diversos actos y tiempos respecto a la filiación de Da. Vicenta sería, Señor, un imposible si hubiera sido hija de D. Ignacio Pequeño y su mujer Da. Lucía Ramíres. ¿Qué interés tenía el padre, la madre, la abuela desde 1827 hasta 1847 a sostener ese crimen, para continuarlo también en los momentos mismos que se disponen a morir? ¿Cómo la madre de Da. Lucía hubiera canonizado las sospechas del marido de ella de que habla el señor Sierra, si hubiera sabido que su hija durante su matrimonio hubiera tenido una hija que el padre no hubiera querido reconocer? ¿Cómo Da. Petronila Puente habría entrado en una materia tan grave y hecho a su hija la injuria de un adulterio desconociendo por su parte la legitimidad de la hija que hubiese tenido? ¿Y cómo los testimonios de tres individuos concurren sin esfuerzo sobre un mismo punto y todos tres de muy diversa fecha tratarían solo de ocultar un crimen imposible, la legitimidad, o el nacimiento de un hijo? El reconocimiento o desconocimiento de los abuelos es un testimonio muy respetable y decisivo en estas materias, porque si hay algún caso en que los padres puedan tener interés en desconocer a un hijo. es imposible hallarlo en que los abuelos puedan participar de ese crimen.

Tenemos pues tres testamentos de los ascendientes que quiere crearse Da. Vicenta Ramíres contra la legitimidad que pretende. Estos instrumentos dan un derecho sucesorio exclusivo a mi mujer Da. Clara Pequeño con una fuerza de aparejada ejecución, que no puede ser desvirtuada por lo que digan dos o tres testigos en una mera información sumaria.

Pedir pues las consecuencias de una filiación legítima cuando el estado que se tiene es el de una hija de padres no conocidos y pedirlo contra el título del nacimiento, contra las declaraciones de los mismos pretendidos padres y abuelos, por sola la virtud de una información de testigos es creer que la prueba completa del estado de familia resultante de los asientos bautismales, de las declaraciones de los padres y de la posesión pública

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

y constante del estado de familia, es decir, el nacimiento y educación en casa de los padres; el tratamiento como hijo legítimo por el padre y la madre, el apellido dado por ellos; el ser conocido del pueblo por hijo de tales padres, la institución que ellos hicieron como tal hijo legítimo es creer, digo que todo ésto podría ser destruído por solo una información sumaria de testigos. Ni habría un hijo legítimo seguro en su estado de familia, ni bastardo alguno que no pudiera entrarse en la familia que eligiera.

Si pues las leyes mandan que no se reciban pruebas que dadas no sirvan a resolver el negocio, la información que se ofrece debe ser repelida con las costas del juicio. Conozco cual ella va a ser, conozco los medios de que quiere servirse el marido de Da. Vicenta Ramíres para llegar a la posesión de la herencia de D. Ignacio Pequeño, y puedo suponerla para demostrar al Juez de la causa las excepciones que esa misma prueba tendría contra sí, y el único resultado que traería inútilmente el deshonor de los mismos padres que pretende darse la Sra. de Sierra. Por supuesto que los testigos de la información no dirían que Da. Vicenta Ramíres había nacido en casa del que llama su padre, a vista y ciencia de la familia y de los vecinos; no dirán ciertamente que el embarazo y alumbramiento de la mujer de D. Ignacio Pequeño fuera conocido de su marido; no dirán que Da. Vicenta Ramíres se crió en casa de él ni que él la conociera, y la arrojara de allí; no dirán que él hubiera pagado al médico, ó a la comadre; que dió o gastó algo en la recién nacida. No, Señor, hasta este extremo no llegará la falsedad porque sería en el acto descubierta. El testigo principal que presentará el Sr. Sierra será una mujer que siempre ha vivido en riña con los Ramíres, y ella declarará solamente que Da. Lucia Ramíres dio a luz a Da. Vicenta en vida de su marido D. Ignacio Pequeño, y dirá tal vez que presenció el parto. Con este antecedente Sierra sentaría la regla, *pater est is quem nupcie demostrant*, y deduciría por consecuencia que su mujer es hija legítima y sucesora de Da. Lucia Ramíres y de D. Ignacio Pequeño. Este es todo el plan del pleito que promueve y todos los medios de que se servirá para entrar a la par con mi mujer en la sucesión de sus padres y abuelos.

Yo le opondría la calidad del testigo, la calidad misma de la prueba en negocio de este género. Pero hagamos una triste y odiosa suposición, que efectivamente en vida de mi suegro, su mujer hubiera dado a luz a la que es hoy esposa de D. Avelino Sierra, sin embargo, la regla *pater est is* etc. no podría tener aplicación en nuestro caso porque la primera excepción que el derecho le ha puesto es cuando el parto ha sido ocultado al marido [9].

Entre esposos felices que gozan de bastante fortuna como D. Ignacio Pequeño y Da. Lucía Ramíres que no tenían sino una sola hija el embarazo de la mujer es una nueva dicha. Ella tiene el interés de hacerse más apreciable a su marido, y recibir de toda su familia los cuidados y atenciones debidas a su estado. Si ella, pues, estando encinta, se calla, se condena a los tormentos precisos para disimular su cambio de circunstancias, y se expone a las premuras y peligros de un parto secreto, y a excluir a su hijo de la familia de su marido, ella misma se acusa; y esta acusación espontánea, reflexionada y ejecutada con tantos peligros, con tanta energía y perseverancia, es la más poderosa de todas las pruebas de no haber cohabitado con su marido. Es verdad, que la confesión de adulterio que hace una mujer casada es de ninguna importancia para la legitimidad de la prole, y aún muchos motivos pueden hacer dudar de su veracidad. Mas este juicio libre y reflexionado de la que teme instruír a su marido de su embarazo, es la más fuerte de todas las presunciones de la ilegitimidad de su concepción. Esta presunción llega al grado de evidencia cuando la mujer no da algunos pasos, no hace algo por fijar la suerte del hijo que ha tenido, aunque la ley le haga de ello un sagrado deber, y este deber lo haya cumplido con una hija tenida antes, Da. Clara Pequeño. Llega al grado de evidencia, repetiré cuando el parto no solo se ha ocultado al marido, sino a todos los parientes de la familia, cuando se han tomado medidas especiales para que no supieran de tal suceso; cuando se ha ocultado hasta de los abuelos del recién nacido, a términos que el grave testimonio de ellos reputa ilegítimo al individuo que quiere aparecer como miembro de la familia, cuando al acto del nacimiento no han asistido los domésticos del marido y él no es atestiguado sino por personas de extraña familia. Si a más de ésto, la mujer no ha llevado adelante el fraude, sino que renunciando atribuír el hijo a su marido con quien no había cohabitado, no solo oculta el nacimiento sino que le hace bautizar bajo otro nombre que el de su esposo, niega ser su madre ante la iglesia y le pone como de padres no conocidos, entonces esos hechos no pueden ser destruidos por ninguna presunción de derecho. Y más también, si en ese estado lo ha mantenido, si muerto el marido, ella madre, tutora legal, no ha tratado de ponerlo en su familia, de darle la posesión y el nombre de un

9 CHARDON, De dolo y fraude, tom. 3°.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

estado legítimo, de variar los asientos parroquiales, y así ha muerto después de muchos años dejando a sus propios padres en la persuación que no era hijo suyo.

Así, por esa información sumaria, la cuestión de filiación vendría a ser una cuestión sobre el honor de personas que ya no existen, discusión inútil al lado de pruebas tan positivas y caracterizadas, todas nacidas de diversos y respetables orígenes anteriores al juicio mismo, y cuando el hecho que probaría la información lleva en sí la más poderosa de las excepciones sostenida por actos repetidos de la misma mujer de D. Ignacio Pequeño. Tal vez a propósito se ha errado la acción queriéndose evitar el juicio plenario que el objeto del pleito hacía necesario, pretendiendo traerlo a los procedimientos de una simple cuestión de alimentos provisorios en la que no preexistieren pruebas contrarias a la filiación legítima que se pretende alcanzar.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

IV

CAUSA DE D. MIGUEL AZCUENAGA CON Da. VICENTA COSTA *

[SOBRE NULIDADES ABSOLUTAS Y RELATIVAS EN LOS ACTOS JURÍDICOS. 1840]

D. Miguel Azcuénaga para seguir un pleito que tenía con Da. Vicenta Costa había dado su poder al procurador de número D. Buenaventura Gascón. Este poder llevaba una omisión notable, cual era no expresarse el nombre del individuo a quien se daba. Yo lo bastanteé sin verlo y se presentó al Juez. El pleito siguió, y nadie había advertido la omisión del nombre del procurador. El pleito se sentenció en 1ª y 2ª instancia y llegado a la Cámara el tribunal advirtió el defecto del poder, y anuló todo lo obrado condenándome al pago de todas las costas. El Gobierno en esos momentos me embargaba mis bienes, y la Cámara quiso también secundar la persecución que sufría. Yo entonces presenté el escrito siguiente.

* * *

El Superior Tribunal pronuncia el auto de vista y me condena por haber bastanteado un poder que llama notoriamente nulo a causa de no estar en él nombrada la persona a cuyo favor se otorgaba. Examinemos pues, primero, si esta falta en las formas causa nulidad. Segundo si es nulidad absoluta que V. E. de oficio deba declararla, o si es sólo una nulidad relativa que exija

* Fue publicado por primera vez, con el título *Actos Jurídicos. Nulidades absolutas y relativas* por la *Revista de Legislación y Jurisprudtncia*, t. VII, Buenos Aires, 1872, pp. 206-226, con un sumario y algunas notas. Se reprodujo en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, Año 1, nº 1, noviembre 1921, p. 184-200 y en *Dalmacio Vélez Sársfield, político y jurista...*, cit., pp. 285-301.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

acción de parte. Tercero, si se ha pasado el término que las leyes conceden para una tal excepción y si después de él podía el tribunal aún cuando fuese nulidad absoluta condenar de oficio a un tercero y mandarle pagar una cantidad que nadie le cobra.

Las nulidades no pueden ser establecidas sino por la ley. Ellas solas tienen el derecho de pronunciarlas. Solo en casos especiales está librado a la Magistratura el decidir si un acto o un proceso es nulo. El Legislador aún en sus leyes prohibitivas, mil veces no ha querido sino dar a otro el derecho de oponerse. A él le tocaba manifestar su voluntad, y manifestarla claramente, como lo hace en multitud de leyes que luego citaré con la venia de V.E. Prohibir y anular no son sinónimos en el derecho. Privar un acto es ordenar de no hacerlo. Anular es obrar sobre lo que ha sido hecho contra las formas prescriptas. Prohibir y anular son realmente dos efectos diferentes de la ley, y de tal manera diferentes, que se les encuentra comunmente separadas, pues que no se puede negar, que hay actos prohibidos que no son nulos aunque hechos contra la prohibición de la ley. Al contrario, hay actos declarados nulos, aún cuando no sean positivamente prohibidos. La observación sobre nuestros Códigos nos enseñará la verdad de esta proposición.

La L. 1ª tít. 2. L. 5ª R.C. manda que no se pueda dar ni prometer por vía de dote ni casamiento tercio ni quinto de bienes, ni que estas mejoras se puedan hacer por contrato entre vivos; y anula el pacto hecho contra esta prohibición.

La L. 5ª del mismo tít. ordena que el esposo, o el marido no pueda dar a la esposa, o mujer en joyas, vestidos ni otra cosa alguna más de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiese; y da por de ningún valor los contratos o promesas que de otra manera se celebraren.

El Cap. 6. tít. 21 L. 5º R. manda que el interés no puede exceder del 5 % y anula toda obligación que en contrario se hiciere.

La L. 2. tít. 5º L. 5º R. manda que la mujer no pueda contratar ni estar en juicio sin licencia de su marido, y pone luego una cláusula irritante a todo lo que ella hiciere sin dicha licencia. Mil leyes podría citar de este género, que no satisfechas con prohibir, anulan expresamente cuanto se hiciere de otra manera. Según ésto es preciso concluir, que aún en las leyes prohibitivas no basta prohibir, sino que es preciso a más irritar el acto desde que el Legislador no ha creído suficiente las disposiciones prohibitivas para anular lo que se hiciere contra ellas, y ha necesitado irritarlos expresamente. Leyes hay de otra clase que sin anular los actos, la prohibición solo importa dejar sin ningún efecto lo que contra ley se ejecutare porque sus disposiciones prohibitivas, cualesquiera que sea la fórmula bajo las cuales estén concebidas, toman su fuerza irritante de su carácter, de su fin, de la intención del legislador. Si una disposición de la ley es de orden público, ella irrita virtualmente todo lo que le es contrario. Pongamos ejemplos.

La L. 24. tít. 4º P. 3º dice que las causas sobre matrimonios no pueden someterse a árbitros; pero no anula el compromiso que contra su disposición se otorgare.

La L. 8. tít. 10. lib. 5º R. manda que ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes; pero no irrita el acto.

La cédula de 25 de Noviembre de 1782 ordena que ninguna persona comerciante, mercader o de otra clase, pueda dar, ni de a préstamo cantidad alguna en mercaderías. Pena luego al escribano con la pérdida del oficio si contra la prohibición extendiere escritura, pero no anula el contrato.

La cédula de 25 de Septiembre de 1802 que creó el oficio de hipoteca ordena que solo se registren los instrumentos en que haya hipoteca expresa o especial, y no las escrituras en que se hipotequen generalmente bienes raíces. Pena luego al Escribano con la pérdida del oficio, si en contra de la prohibición extendiere escritura, pero no anula el acto.

Comparando Señor las Leyes citadas resulta, que ni todo lo prohibido por ellas es nulo, ni tampoco válido todo lo que ellas no han anulado expresamente. Que la materia de nulidades es la más ardua en la Jurisprudencia, y que el juez que declarase nulos los actos o los contratos por no estar hechos conforme a lo que las Leyes mandan, haría mil injusticias por sentar una base general que ningún autor enseña. No hay otras nulidades que las determinadas expresamente por las leyes, y aquellas que resultan por actos hechos contra el orden público, o las buenas costumbres; aquéllas que nacen de traspasar facultades que la ley ha concedido, como a los padres, tutores, etc.; aquellos que hablan sobre los deberes de los ciudadanos hacia el Estado, o hacia ellos mismos, como la obligación de alimentos entre padres e hijos, marido y mujer; aquellas que reglan el estado civil de las personas, si es mayor o menor, casado o soltero, emancipado o hijo de familia etc. o aquellas que reglan las formas sustanciales

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de los actos, o que dan algún derecho excepcional, como los testamentos, o el retracto.

Dispénseme V.E. esta digresión, y pasaré a hablar de las leyes que reglan las formas substanciales de los actos, puesto que la escritura que confería poder al Procurador Gascón se declara nula por un defecto en su forma. Veremos qué vicios, qué omisiones son aquellas que deben anular los actos cuando faltan algunos de los requisitos que las leyes han mandado que contengan.

Si me fuese dado valerme de autoridades y leyes extranjeras, yo haría presente a V.E. el consejo del Canciller de Aguesseau. *No me cansaré de recomendar a los Jueces*, dice, *de no multiplicar arbitrariamente las nulidades, y de ceñirse en esta materia a las disposiciones escritas en las ordenanzas, edictos y declaraciones.* La disposición del nuevo Código Prusiano en su primera parte Tít. 3º Nº 40. ordena, *la omisión en cumplir la forma legal de un acto, causa su nulidad, solamente cuando la Ley exige expresamente la observación de esta forma para la validez del acto. En caso dudoso se presume que la forma de un acto, no es ordenada sino para hacerlo más seguro y más auténtico.* La del Código Francés de enjuiciamiento: *Ningún acto de los Juicios*, dice *el art. 1030, podrá ser declarado nulo, si la nulidad no está formalmente pronunciada por la Ley.* Pero observemos solamente nuestros Códigos.

La L. 13. tít. 25. L. 4. R. pone las formas que debe tener una escritura pública, haciendo algunas alteraciones en las que antes estaban prescriptas. Manda que las partes firmen dichos instrumentos en presencia del Escribano; pero no anula la obligación si faltaren algunas de aquellas formalidades. ¿Valdrá o será nula una escritura en la forma de la Ley de Partida sin firma de los interesados expresando solo el escribano ante testigos que el contrato que redactó fue hecho ante él por libre voluntad de los contrayentes? ¿Valdrá o será nula si le falta la fecha, los nombres, apellidos o alguna de las otras formas que la Ley ordena? Muy luego sentaré sobre ésto la teoría general. Mas entretanto puedo recordar que V.E. declaró válida la escritura hecha por D. Federico Hornung a favor de D. José Iturriaga de la Estancia de Carreta Quemada y absolvió al Escribano sin embargo de haberse copiado falsamente en el testimonio de la escritura la suscripción de un testigo que no se encontraba en el protocolo.

La L. 56 tít. 18 P. 3. al poner las formas que debe tener una escritura de venta manda que el comprador exprese su voluntad de comprar, y el contrato que celebra, y que después el vendedor otorgue la venta y las condiciones con que la hace. Preguntemos también ¿serán nulas todas aquellas escrituras de venta que en nuestras oficinas se extienden todos los días cuando el dinero está ya recibido, otorgada solo por el vendedor, sin que el comprador diga qué compra, ni se haga conocer del Escribano? La inobservancia de esta forma al parecer necesaria ¿causaría una nulidad absoluta, o daría derecho para que un interesado la pidiese, o sería válida la enajenación aún respecto a terceros interesados en aquellos bienes? Recuerdo Señor que en una ocasión, teniendo el honor de acompañar a V.E. en la decisión de una causa en que era parte D. Francisco Elías y la otra una señora viuda, se trató este punto en el Acuerdo, y todos los jueces convinieron que era válida la enajenación y que no había allí una nulidad absoluta ni una nulidad respectiva, aunque se hubiese transgredido la forma dada por la Ley de Partida.

El Concilio Tridentino manda que el matrimonio se celebre previas tres publicaciones en la Iglesia; que se haga ante el Párroco y dos testigos. Pone luego una cláusula irritante, si el matrimonio se celebrare sin la presencia del Párroco, y de los testigos ¿se entenderá por ésto que puede consistir el matrimonio sin las previas publicaciones, o sin la dispensa de ellas por autoridad competente, y que pueden ir los esposos ante el Párroco con dos testigos y quedar casados con solo manifestar su consentimiento ante el Cura? A pesar de la omisión de una forma que parece que tiende al orden público como son las publicaciones previas, los D.D. como Sánchez y Gutiérrez que más explícitamente han tratado esta materia, asientan, que pues que la Ley Eclesiástica no puso cláusula irritante a la omisión de las proclamas o dispensa de ellas, el matrimonio es válido siempre que se celebre ante el Párroco y dos testigos.

La L. 2ª tít. 4º Lib. 5º R. poniendo la forma de los testamentos imitó en el modo de leislar al Concilio Tridentino... *los cuales dichos Testamentos, y Codicilos*, dice, *si no tuviesen la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.* Anula pues sólo el acto por la falta del número de testigos que manda intervenir ¿y en qué quedan las otras formas y solemnidades de la Ley de Partida? Pueden o no omitirse en un testamento cerrado? Los D.D. responden, que pues que no hay cláusula irritante las cuestiones que resulten deben abandonarse a la prudencia del Magistrado. *Hoc esse arbitrio prudentis relinquemdum.* El juez verá qué circunstan-

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cias acompañan o pueden causar la omisión en esas formas. Si ellos tienen por objeto un fraude, o la suposición del testamento. En fin, Señor, ningún escritor ha dicho que es nula la última voluntad probada con el número de los testigos que la ley señala porque faltan las otras formalidades que la ley prescribió.

La L. 10. tít. 17. Lib. 4. R. destruyó todo lo positivo en la forma de los juicios, y dejó al arbitrio de los Magistrados aquellas solemnidades establecidas en el orden judicial. Ley de necesidad en que al parecer el Legislador se confiesa vencido, y abandona a una prudencia que él debía dirigir todas aquellas formas de que tal vez depende la defensa de la vida y del honor de los hombres, pero al mismo tiempo *Ley de buena fe, Ley de verdad* que hace prevalecer la realidad de las cosas a las formalidades que parecen más precisas.

Los intérpretes para dar reglas sobre éstas y otras mil leyes que pudiera citar, dividen las formalidades esenciales, o sustanciales de las que son accidentales o secundarias, cuya omisión no puede destruir la sustancia del acto y por consecuencia anularlo. Las formalidades establecidas por la ley no absoluta sino moralmente necesarias para observar la equidad, aunque su omisión no encierre en sí y necesariamente una injusticia, sin embargo pudiendo la justicia ser más frecuentemente violada si no se les observa, que lo que lo sería observándose, semejantes solemnidades, digo, no sustanciales por su naturaleza, se reputan como tales cuando hay motivos para temer que el fraude o el dolo han intervenido en el acto mismo, o en sus consecuencias y efectos. En tal caso el Magistrado no puede crear una presunción *juris et jure* y anular el acto desde que no hay cláusula irritante y desde que la omisión no trae necesariamente una injusticia ni constituye la sustancia del acto. Debe en tal caso rectificar los actos, averiguar su verdad, y guiarse por el mandato de la Ley Recop. de que jamás las formas ni los ápices del derecho triunfen sobre la realidad de las cosas; mucho más tratándose de nulidades por falta de forma en los actos, materia de estricto derecho, y que no le es lícito al Juez suplir la voluntad de la Ley.

La Ley de Partida manda que las escrituras se extiendan sin abreviaturas, blanco, laguna, ni intervalo; que deben contener los nombres, apellidos, cualidades y domicilio de las partes. Es verdad, dice un Jurisconsulto moderno hablando de ella, que me permitiré copiar a la letra porque es nuestro caso. *Es verdad que todas estas formalidades son infinitamente útiles y algunas moralmente necesarias para impedir los fraudes; sin embargo su*

omisión no causa una nulidad en los actos. La omisión misma del nombre de las partes no causa nulidad de pleno derecho de los actos pasados ante Escribano, porque esta omisión que puede no ser sino un olvido de pluma lapsus calami puede casi siempre ser reparada por la firma efectiva de las partes si se hallan presentes para su ratificación posterior o por actos procuratorios si se hallan ausentes. ¿Qué más podría decirse respecto a la cuestión que trato?

Así pues, cuando una formalidad no es por ella misma absolutamente necesaria para observar la Justicia, los jueces no deben irritar el acto, ni suplir la pena de nulidad, aunque la solemnidad concurra las más veces a facilitar la observación de la Justicia.

Cuando el legislador supone como preexistente el poder de hacer un acto si él no quita la facultad, y se reduce sólo a limitarla dentro de ciertas formas, se puede concluir de su silencio, que el acto es válido en virtud del antiguo poder, y que la omisión de la forma no lo anula por no haber el legislador añadido cláusula irritante. Por ejemplo, los hombres tenían el derecho de contratar antes de la existencia de las leyes positivas. Este era uno de los derechos naturales que la ley no podía quitarles. Ellos pueden contratar verbalmente, o por escrito, por actos bajo firmas privadas, o por escrituras públicas. La ley puede reglar la forma de estos actos; mas si ella no expresa claramente la esencialidad de una forma que introduce, por ejemplo, la escritura pública en los censos, es preciso decir que las formalidades que ha puesto no son sustanciales, pues que los contratos podían existir sin estas formalidades.

Por otra parte, las formas sustanciales son solo aquellas sin las cuales el acto no puede existir; aquéllas que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituído; aquéllas que no pueden suplirse, que no pueden reproducirse con una fuerza retroactiva a lo practicado sin ella. Tomamos un ejemplo en la creación del oficio de hipotecas. ¿Cuál ha sido el fin de la institución? La publicidad y la especialidad de las hipotecas. Desde que ésto esté conseguido, se ha llenado el fin de la ley. Todas las otras formalidades son manifestamente accesorias ¿qué importa, en efecto, dice Toullier (Tomo 7 Núm. 510) que haya omisión o error en el nombre, apellido, domicilio del deudor o del acreedor? ¿Qué importa la fecha y la naturaleza del título constitutivo de la hipoteca? ¿Qué importa la época de la exigibilidad con tal que la suma sea conocida? La ley no ha querido otra cosa sino que nadie se engañe: que una hipoteca no

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pueda ser contratada por ignorancia de otro gravamen, que a conocerse hubiera impedido la creación del segundo. Por consiguiente, todo acto, toda escritura en que no hay un engaño, en que solo existe un error manifiesto del copista, en que el fin de ella se ha llenado, en que la omisión puede suplirse por un acto posterior, no puede ser anulada por falta de una formalidad, o la inobservación de una disposición [.El silencio del Legislador *] anuncia que él ha querido reposar sobre la prudencia de los Jueces, a quienes no liga y los deja en libertad de pronunciar la nulidad de un acto cuando encuentre que por el defecto de observación de una formalidad prescripta el acto es imperfecto, no llena el fin de la ley, y sobre todo ataca los derechos de un tercero; pero jamás puede pronunciarla cuando por otra parte el acto ha llenado el objeto de su institución; cuando por otra parte el acto ha llenado el objeto de su institución; cuando sin fraude puede ser ratificado y adquirir lo que le faltaba, y sobre todo cuando o la omisión o la ratificación de él no causa perjuicio a nadie, porque entonces nadie tiene el derecho de atacarlo, por último el Juez en un caso dudoso debe abstenerse de pronunciar la nulidad, el acto debe subsistir, la escritura debe tomar todo su efecto para que consiga otros objetos de las leyes que ordenan que siempre los Jueces deben ser inclinados mas bien a hacer convalecer los actos que anularlos. ¿Quién diría, Señor, que la omisión que se nota en el poder otorgado por Don Miguel Azcuénaga no es un error de pluma o una mera falta del copista? El debía dar su poder a un procurador de número: lo da en efecto, y se anota al margen de la escritura en el protocolo que es a favor del procurador D. Buenaventura Gascón. Este procurador se presenta con el poder para que se le tenga por parte. Alega y contesta los alegatos de la parte contraria en 1ª y 2ª instancia. El demandante lo admite por apoderado; la familia que le da el poder se halla en este pueblo, puede ratificarlo, puede suplir las omisiones que la escritura tenga; algo más, a foja 203 vemos a don Miguel Azcuénaga firmando junto con D. Buenaventura Gascón ante la Superior Alzada, tomándose éste el nombre y la procuración que creía estar expresado en el poder. ¿Cómo después de todas estas circunstancias declarar nulo todo lo obrado en las instancias anteriores cuando si el Tribunal preveía el caso de un nuevo pleito podía hacer suplir la omisión, rectificar el acto, y llenar las formas que faltasen? Esto sería guiarse por la verdad de las cosas,

[*] Las palabras entre corchetes no figuran en el manuscrito, pero fueron agregadas al publicar este escrito por primera vez.

y no por formas que las leyes y autores no han reputado como sustanciales. Acevedo comentando la ley de la materia sobre las escrituras públicas y hablando de la comisión, o error en el nombre o apellido *non vitiat* dice *dispositionem, nominae enim significandorum hominum gratia imbenta sunt sed si aliquando modo de tali nomine constituerit nihil interest.* ¿Y de cuántos modos no podría saberse que ese procurador a quien se daba el poder era don Buenaventura Gascón? La L. 9. tít. 9. P. 6. hablando de los legados dice: *Pero si fuese cierta la promesa de aquel a quien fuese manda, maguer errase el Testador en el nome de aquel a quien la ficiesen non empece tal yerro, nin se embarga por ende la manda.* La L. 5. tít. 33. P. 7. dispone lo mismo. ¿Quién dirá, visto el expediente que el Procurador Gascón se ha arrogado un poder que nadie le ha conferido; que la voluntad de don Miguel Ascuénaga no ha sido dárselo; que ha habido algún fraude, o por algún medio indebido ha venido él a representarlo en un juicio en que el poderdante no tiene nada que recibir sino mucho que gastar?

Pero supongamos que el poder sea nulo, manifiestamente nulo como lo dice V.E. ¿Pero qué género de nulidad es ésta? ¿Es absoluta que V.E. debe declararla sin petición de parte, sin poder en ningún caso reconocer la validez del poder, o es meramente relativa que exige una acción, que es el derecho de un tercero que puede demandarlo o no, y que convalece si él la consiente, o no ejerce su acción en el tiempo que la ley le señala? Las nulidades absolutas son aquéllas que tienen por causa el interés público. La ley reduce en este caso lo hecho a un mero acto material sin ningún resultado en el derecho, que no puede ser ni confirmado, ni autorizado, y que no produce ninguna acción ni excepción. Un matrimonio que no es celebrado ante la Iglesia jamás podrían los Tribunales reconocerlo por válido, aunque no hubiese acción ni excepción de parte. La emancipación que un padre contratase con su hijo fuera de las formas establecidas no lo sacaría de su poder aún cuando el padre quisiese, porque aquellas Leyes que reglan el estado de las personas, y aquéllas otras que disciernen los poderes secundarios con que el legislador ha descendido al gobierno interior de la familia, no son objeto de contratos: no pueden renunciarse, ni su omisión causa ningún efecto legal.

Al contrario aquellas Leyes dadas en el interés solo de los particulares, aunque sea sobre poderes o deberes establecidos por el derecho, no causan sino una nulidad respectiva, porque esta nulidad se juzga que no interesa sino a aquel en cuyo favor está

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pronunciada y es por ésto, que aunque la ley no puede renunciarse ni ser objeto de contratos, sin embargo a solo el interesado es dado valerse de la nulidad y deducirla en Juicio, sin que los Tribunales puedan resolver de oficio. Pongamos ejemplos. La ley priva al marido de enajenar el fundo dotal inestimado. A la mujer de contratar sin licencia del marido. Aunque estas leyes hablen sobre los poderes conferidos por el derecho, sin embargo ellas conciernen principalmente al interés de los particulares: ellas no anulan los actos plena y absolutamente que son hechos contra su disposición. Estos actos subsisten respecto a terceros, y no son declarados nulos sino cuando lo demandan las personas a quienes la ley ha querido favorecer. Ellos pueden ser confirmados o ratificados, y su confirmación o ratificación se retrotrae al tiempo del acto. Estos actos cuya nulidad no es sino respectiva producen una obligación natural que es lícito a cualquiera el cumplirla, y no son nulos de pleno derecho sino respecto de la parte interesada. Estos actos son translativos de dominio, cuando son acompañados de la tradición y forman a lo menos un título putativo, a la sombra del cual puede el adquirente creerse Señor y poseer de buena fe. Si una mujer sabe haber su marido enajenado su fundo dotal, tendría derecho sin duda para pedir que se declarase nula aquella enajenación; pero si ella no lo hace sino lo hacen sus hijos, únicos a quienes pasan sus privilegios dotales, no podrán aún los sucesores transversales alegar una nulidad, en verdad positiva por la Ley, pero al mismo tiempo respectiva a la mujer, o a quien pasasen sus acciones excepcionales. Aún las nulidades absolutas pueden convalecer, si las cosas llegan al caso en que pudiesen nacer, y hubiese una ratificación expresa o tácita. Por ejemplo. La ley pronuncia la nulidad de las convenciones hechas sobre una sucesión futura, como contrarias a las buenas costumbres, y a la moral pública; pero muerto el testador o dueño de los bienes, las cosas se encuentran llegadas a un punto en que el contrato podía nacer; él puede ser ratificado expresa o tácitamente.

En cuanto a las nulidades aunque absolutas pero que son establecidas por el solo interés de los particulares, puedo decir con multitud de D.D. que los interesados pueden renunciar a ellas cuando les llegue el derecho de proponerlas por la regla general que se puede renunciar al derecho establecido en su favor. Es nula absolutamente la venta de un bien raíz del menor hecha sin licencia del Juez, porque aunque sea la prohibición de la ley en el interés de particulares, legisla sin embargo sobre poderes que ella confiere, que nunca pueden traspasarse con alguna legalidad; pero llega el menor a la mayor edad, ratifica el contrato o lo confirma de otra manera; no solo queda válida la venta, sino que el menor no puede pedir ni los frutos que haya producido su cosa durante su minoridad. La ratificación tácita o expresa que él ha hecho esa disposición de su derecho, lo ha cubierto todo. El texto de la ley 10. *Dig. de rebus eorum,* es el más expreso y terminante a este respecto. Podemos sentar entonces como un principio, que todo hombre en favor del cual está abierto el derecho de atacar un acto declarado nulo por su interés privado, valida este acto y lo hace respecto a sí plenamente obligatorio por la ratificación expresa o tácita, o por no alegar la nulidad o poner la excepción en el tiempo que la ley le ha señalado. La nulidad respectiva no es sino una facultad dada a una de las partes contra un acto que puede causarles algún perjuicio, y como todo derecho facultativo puede dejarse de ejercer validando el acto, con sola esta falta de acción, o de excepción.

La nulidad que puede tener un poder es una materia de la menor importancia, y no puede compararse con las nulidades de los actos que he indicado. No hay libro de práctica que no trate del caso del que se presenta, sin poder o con un poder defectuoso. ¿Qué resuelven todos, todos los prácticos respecto al Juicio que así se sigue? ¿Ha sido ésto alguna vez una controversia digna de V. E.? Todos dicen que la L. 1ª tít. 5º lib. 4º R. manda, que las excepciones respecto a la persona del Juez, a la del actor, deben ponerse en el término de nueve días, y que pasados éstos no puede el demandado poner la excepción de declinatoria, de no parte etc. Todo el mundo sabe que por la Ley de Partida el que ha contestado una demanda, ha admitido la persona del demandante, o la del procurador que a nombre ajeno la pone, sin que ya después pueda alegar que el demandante no es parte... *O si emplazasen alguno delante de tal Juzgador, de cuyo Fuero no fuese, o si la una parte contradijese la personería de la otra, mostrando razón, porque non debe ser personero, o diciendo que la personería que trae, non era cumplida según derecho, e por ende non era tenudo de responder a la demanda que le facen; que a tales defensiones como éstas, o otras semejantes dellas poniéndolas el demandado antes que responda a la demanda, e averiguándolas deben ser cabidas. Mas si después que el pleito fuese comenzado por respuesta, las quisiese poner alguno ante sí, non deben ser cabidas.*[1] Por lo tanto, aunque el poder del procurador

1 L. 9, tít. 3, p. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Gascón fuese nulo y de ningún efecto, esta nulidad ni la puede declarar de oficio el Tribunal, ni a petición de parte en el estado en que ha llegado la causa después de dos sentencias definitivas. Y por último la L. 20 tít. 5. P. 3. pónese en nuestro caso y declara válido lo que un hombre hiciere por otro en juicio sin tener poder bastante cuando el interesado a cuyo nombre se había obrado se presenta al Juez y aprueba el juicio que a su nombre se había tenido, como lo ha hecho don Miguel Ascuénaga. "Ninguna cosa, dice, non puede ser demandada en Juicio por otro sin otorgamiento del Señor della. Pero si alguno demandare en juicio por otro así como personero, et aquel a quien ficiese la demanda entrase en pleito con él, non le diciendo que se ficiese personero de aquel por quien demandaba; si después de eso viniese aquel en cuyo nome facía la demanda, et quisiese haber por firme lo que era fecho con él, valdría todo lo que fuese fecho en juicio, bien así como si de comienzo lo hubiese otorgado, por su personero".

Concluiré, Señor, diciendo que puesto que Da. Vicenta Costa ha querido litigar con un procurador que presentaba el poder de f. 166, puesto que ella no ha dudado de la falta que se nota en una mera omisión del escribano; puesto que ha reputado válidas las sentencias de 1ª instancia y Alzada de Provincia; puesto que se habrá ratificado en su juicio al ver a f. 203 firmado a don Miguel Ascuénaga junto con don Buenaventura Gascón: en fin Señor, puesto que ella pudiendo deducir una excepción que estaba de manifiesto no lo hace, y sigue el pleito ¿por qué condenarme a mí al pago de las costas que ella ha causado, aún cuando se declarase nulo todo lo obrado? Sus actos no han sido inducidos por mí, ni un error de hecho o de derecho de ella, le puede servir para cargar sobre un tercero sus obligaciones propias, y lo que es más, que me las cargue de oficio el Superior Tribunal, con la misma razón con que podía grabar a los Jueces de primera instancia y de la Alzada de Provincia sin que la parte pida ni exija el pago de las costas que se me ordena abonar.

V

CAUSA DE DON JUAN BAUTISTA PEÑA CON JAIME LLAVALLOL

[ACERCA DE PROMESA DE VENTA, VENTA Y POSESIÓN, 1849]

Los antecedentes de esta causa se refieren al principio del escrito siguiente.

* * *

Señor Juez de 1ª Instancia:

Don Juan Bautista Peña en el expediente que sigo con Don Jaime Llavallol sobre la compra de unos terrenos situados en esta Ciudad, usando del traslado corrido en la mejor forma digo: que las diligencias corridas hasta hoy, manifestarán al Juzgado hechos reprobados que se ocultaban creyendo que el tiempo y actos clandestinos de una posesión obtenida subrepticiamente, pudieran borrarle el vicio que traían desde su origen.

Ahora todos los antecedentes están reunidos, y me creo por ellos autorizado para demandar ante V.S. procedimientos ejecutados en perjuicio de mi derecho, abusando del rol que el demandado tomó en el contrato que hice, al solo objeto de cumplirlo más prontamente. El escrito presentado por el señor Basualdo y los importantes documentos que ha acompañado, ponen la cuestión en la mayor claridad, y sin necesidad de ulteriores pruebas puedo descender a establecer mi derecho.

Don Antonio Mataró residente en España había dado a D. José Ortiz Basualdo poderes públicos para vender los terrenos de su propiedad conocidos por el *Hueco de los Olivos*. El señor Basualdo había tomado posesión de ellos judicialmente desde diez años antes según resulta de los documentos que ha presentado. Yo le propuse comprárselos por la cantidad de 4 mil pesos fuer-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

tes, obligándome a estar a esta oferta si el señor Mataró la admitía, para lo cual otorgué el documento presentado también por el señor Basualdo. Este escribió al propietario dándole conocimiento del convenio celebrado conmigo; pero cuando llegó su carta ya había muerto don Antonio Mataró. Su hijo don Bienvenido sabía este suceso, y le dice que en nada alterará las órdenes que su padre le había dado para la venta de los terrenos, según se ve por la carta de f. 145. Contesta a la carta de Basualdo sobre mi propuesta y le dice: "Visto el contenido de las tres cartas de Usted, ha hecho que me determine a admitir la proposición que de dichos terrenos ha hecho don Juan Bautista Peña propietario y comerciante de esa a cuyo fin acepto la oferta de los 4 mil pesos fuertes de plata efectiva con la condición de pagar la mitad al contado, y la otra a los sesenta días contados desde la otorgación de la escritura". Esta carta se halla a f. 2 y su duplicado a f. 4.

En ella también le dice que mandará en primera ocasión todos los justificativos que se le piden para acreditar que su padre ha muerto y que él es su único heredero legítimo.

Dice también al señor Basualdo que los nuevos poderes y justificativos que ha de remitir los mandará a la casa de don Jaime Llavallol, como se le indica, al cual ya da órdenes para que emplee en cueros los dichos 4 mil pesos.

Pasa algún tiempo, y contestando a la exigencia que se le hacía para que remitiera dichos documentos, contesta por la carta que se halla a f. 41 que ya los había mandado por el Capitán Oslnich. Este Capitán efectivamente había estado en este pueblo y había traído comunicaciones para el señor Llavallol.

Vista la contestación del señor Mataró, y queriendo asegurar la compra que había hecho, exigí del señor Basualdo la conclusión del contrato, y extendimos en efecto el de f. 1ª. Por él quedaban vendidos los terrenos por la cantidad de 4 mil pesos en conformidad a la carta del que se decía heredero y propietario, obligándose el señor Basualdo a otorgarme la correspondiente escritura pública así que recibiese los poderes y documentos que se habían extraviado. Este contrato es de Enero de 1847.

Entretanto don Jaime Llavallol que sólo tenía parte en este negocio porque Basualdo había indicado que los poderes viniesen a su nombre por el estado de su casa de comercio, así que tuvo conocimiento del contrato y del estado en que se hallaba, compra en España los mismos terrenos, precisamente por la misma cantidad de 4 mil pesos fuertes por la que me estaban vendidos. La

compra que él hace es tres meses posterior al contrato que yo había celebrado con el señor Basualdo como resulta de las mismas escrituras que ha presentado.

Viendo que el señor Mataró no mandaba los documentos que había ofrecido, demandé a don José Ortiz Basualdo para la conclusión del contrato que habíamos hecho, y corrido traslado de mi solicitud, pide que ella se haga saber a don Jaime Llavallol porque tiene conocimiento que ha recibido unos papeles de España. Llavallol responde que esos terrenos son suyos, y presenta la escritura de compra celebrada en España.

Yo digo pues que ese contrato es nulo y de ningún valor, y que él no puede embarazar la demanda que había puesto contra don José Ortiz Basualdo. Mi acción desde entonces se dirigía contra don Jaime Llavallol pues alegaba que la segunda venta no tenía las condiciones de la ley para ser preferida a la primera. Si me propongo demostrar que la compra de Llavallol es nula, y de ningún efecto en el Derecho; si me propongo demostrar que la tradición, que la posesión que tomó de la cosa vendida es una posesión ilegítima; si mi demanda es que ese acto, que esa venta se declare nula, y no embarace las gestiones que haré para la ejecución del contrato que yo había celebrado; si demuestro que no tiene las circunstancias de la Ley 50. tít. 5. P. 5ª para ser preferida a la primera compra de los mismos terrenos; si en fin el pleito que promuevo es al segundo comprador diciéndole que es mejor mi contrato y mi derecho que el suyo ¿Quién deberá contestar a este pleito? Es claro que el demandado, el segundo comprador de la misma cosa de cuyo contrato se pide la revocación como celebrado en fraude de los derechos que yo ya tenía adquiridos a los mismos terrenos, o se alega que es de ningún efecto por oponerse a aquel cuyo cumplimiento exijo. Don Jaime Llavallol cree que yo no puedo sino pedir indemnizaciones a don Bienvenido Mataró, y no que me escriture lo que no quiere escriturarme; o que mande los poderes si tampoco quiere mandarlos. Constando ya la muerte de don Antonio Mataró, y que don Bienvenido es su único heredero, yo puedo pedir que el apoderado suyo por cartas y apoderado de su padre, confirmado por él, sea obligado a concluir el contrato y darme posesión de los terrenos, otorgándome la escritura a que se obligó por el contrato de f. 1ª o que en su defecto la sentencia del Juez de la causa se tenga y valga por aquel instrumento. El señor Basualdo no se opone a ésto desde que esté anulada o revocada la compra hecha por don Jaime Llavallol. Yo debo pues allanar esta única dificultad, y el segundo comprador debe responderme

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cuando yo demando la nulidad o revocación del contrato que embaraza la ejecución del que yo tenía concluído.

Entremos después de ésto en la Causa.

Yo había comprado los terrenos por dos contratos, diré así, perfectos en todas sus partes. El uno por cartas a don Bienvenido Mataró, y el otro por escritura privada a don José Ortiz Basualdo. Hice la propuesta por escrito la cual se ha presentado en autos y me obligué a estar por ella hasta la contestación que se diera por el propietario. Su aceptación fue la más expresa y positiva como resulta de la carta de f. 2. Desde entonces el contrato de venta estaba concluido y nada faltaba para su perfección según lo dispone la Ley.[1] La escritura ya no era esencial al contrato, porque ya estaba escrito en mi propuesta y en las cartas de Mataró; y solo por tener de él una prueba pública sería necesario un instrumento público. El propietario de los terrenos no podía arrepentirse de lo convenido; había el *duorum in unum placitum consensus*; y desde que la carta había salido de su poder y había llegado a su título, no podía variar el asentimiento a mi propuesta.

Pero don Jaime Llavallol dice que esas cartas no importan sino una promesa de venta, y no una verdadera venta de los terrenos. Mas aunque así fuera ¿qué vale en el Derecho una promesa tal? Ella vale e importa venta real cuando está aceptada y presenta los elementos constitutivos de la venta, el consentimiento, la cosa y el precio. Cuando la promesa de venta no es sino una propuesta todavía no aceptada, sin duda que no hay contrato, mas cuando la promesa de vender ha sido seguida de la aceptación y hay cosa y precio determinado, las dos voluntades coexisten y el contrato queda perfecto. El derecho del comprador no se limita a pedir indemnizaciones, por la falta de cumplimiento de la promesa, sino a que se lleve a efecto el acto. "El hecho que es el objeto de una promesa de vender, decía Pothier, no es un hecho exterior y corporal de la persona obligada. El puede suplirse por la sentencia que ordenara que por falta del obligado de querer pasar un contrato de venta, la sentencia valga por contrato".

¿Ni cómo se puede llamar promesa de venta un acto tan repetido, y caracterizado como la contestación a mi propuesta? El la aceptó en 2 de Noviembre de 1845, fecha de la carta de f. 2. En 16 de Noviembre del mismo año escribe el duplicado de f. 60 que importaba ratificarse en lo mismo. Al año siguiente con fecha 30 de Mayo escribe a don José Ortiz Basualdo diciéndole que con el Capitán Oslnich le ha remitido todos los documentos que le pedía para escriturarme la venta de los terrenos, y ofrece mandarle otros por si aquellos se han perdido, como se ve por la carta de f. 62, y en fin, la carta de 25 de Agosto de 1846 transcribiéndole lo que le había dicho en la de 30 de Mayo. Lejos pues de haberse arrepentido de la aceptación de mi propuesta, la repitió por un año consecutivo en diversas cartas, y remitió los documentos que se le habían pedido para escriturar el contrato.

A más, él sabía que yo quedaba obligado a la oferta de 4 mil pesos fuertes que le había hecho, y que de esta obligación había dado un documento en forma, como el de f. 6 que ha presentado el señor Basualdo. No podría dudar que el contrato quedaba concluído desde que recibiera su carta de aceptación y que ya no le era permitido dejar de cumplirlo teniendo como tenía todas las circunstancias de una verdadera venta.

Aunque en ella se habla de otorgarse una escritura pública ésto era meramente para prueba perpetua del contrato, y como el término para el pago del precio. La escritura no es requerida por esencia en el contrato de venta a no ser que se haya hablado de ella como una condición suspensiva del consentimiento mientras el acto no se reduzca a instrumento público. Es preciso pues distinguir por los antecedentes del contrato, por los hechos convenidos, el caso en que las partes han querido que la escritura pública fuese necesaria para la validez de la convención, de aquél en que los contratantes después de haber convenido en el precio y en la cosa han hablado de otorgar escritura pública solo para mayor seguridad, o para una prueba más auténtica y permanente de la venta ya perfecta. En el primer caso las partes han querido contratar *in scriptis* y no de otro modo, y así las cosas estarían íntegras hasta que el acto hubiera sido consumado. En el segundo, la venta quedaba perfecta y no dependía del otorgamiento del instrumento público el cual en la intención de las partes solo debía servir para asegurar las pruebas de sus convenciones. Para comprenderlo así en nuestro caso bastaba que yo me hubiera obligado a no arrepentirme de mi oferta; pues si no podía hacerlo después que ella fuese aceptada por el dueño del terreno, porque no se hubiera otorgado la escritura pública, tampoco lo puede Mataró, pues que la obligación era bilateral y correlativa. Si después de ésto quería crearse de la escritura pública una condición resolutiva de su terminante aceptación a mi oferta, debía haberlo expresado; no puede suponerse, ni suplirse, porque

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

jamás uno de los contratantes pudo reservarse interiormente una vía secreta para apartarse de una obligación que siempre existe para el otro que había creído y debía creer irrevocable. Ningún juez por cierto autorizará semejante fraude. El sentido íntimo, la conciencia de cada uno mejor que todas las razones posibles dirá, que él no podía disolver un contrato que tenía derecho a que yo lo cumpliera sin excusarme la falta de escritura pública.

Por otra parte, la Ley que habla de la materia supone una venta verbal, no redactada por escrito; más aquí se trata de una venta celebrada por escrito, o bien por un documento cual es el de f. 1ª extendido con ese preciso objeto, circunstancia que modifica su resolución porque ya el contrato está escrito, consta de escritos que reconocida la firma tienen la misma fuerza que un instrumento público. El acto bajo firma privada no es en su naturaleza un simple proyecto, aunque en él se diga, que se ha de otorgar una escritura pública. El fondo del contrato queda siempre independiente de ella porque fue una obligación formal la que se escribió y firmó bien por cartas, bien en actos privados, y así creyó cada uno entenderlo; y para obligarse y para obligar fue que redactó y firmó ese acto privado. Esta doctrina, esta inteligencia de la Ley es de los Jurisconsultos del primer crédito, los cuales citan sentencias de Tribunales Superiores que así lo han decidido.[1]

Ni ¿cómo se le permitirá a don Bienvenido Mataró arrepentirse del contrato en 1847 cuando yo desde 1844 estaba obligado a permanecer en él teniendo yo el dinero pronto por cerca de cuatro años? No se arrepintió señor, pues sus cartas dicen que mandó los poderes y demás documentos que se le pedían, documentos que no podía después retirar ni que retiró, mientras no estuviera hecho el acto para el cual se remitían. La venta pues debe tenerse por hecha, y suple por la escritura la sentencia del Señor Juez de la causa para no dar a la pérdida de los documentos, a un acto casual, efectos tan graves en el fondo de las obligaciones.

Yo tenía pues un contrato hecho por cartas con don Bienvenido Mataró; pero olvidémoslo y tratemos solo del acto que expresa el documento de f. 1ª, de la venta que me hizo don José Ortiz Basualdo.

[1] D'ESPEISSES, tom. 1º, part. 1ª, Sec. 3ª, Nº 12, pág. 24.

Este señor tenía poderes públicos de don Antonio Mataró para vender los terrenos de que se trata según resulta de los instrumentos públicos de f. 49 adelante. El propietario vivía en España hasta mediados del año de 1844 y están sus cartas de f. 55 y 57 confirmando los poderes que había dado para la venta de los terrenos. Autorizado así contrató conmigo y pasó mi propuesta al dueño de ellos. Entonces ya había éste fallecido; pero su hijo don Bienvenido escribió a Basualdo la carta de f. 38, avisándole la muerte de su padre y diciéndole que a pesar de ello en nada alteraría las órdenes que tenía recibidas de él para la venta de los terrenos. Tan luego como recibió mi propuesta escribió la carta de f. 29, aceptándola de la manera más expresa. Don José Ortiz Basualdo, por lo tanto, obrando por los poderes públicos de don Antonio Mataró hizo el contrato de f. 1ª con conocimiento del que se decía heredero del propietario. Luego tengo derecho a exigirle me entregue los terrenos y me otorgue la correspondiente escritura; o que la sentencia del Juez supla por ella en caso de no querer o no poderla hacer.

No pudiendo don Jaime Llavallol evadir las consecuencias naturales que de estos antecedentes se derivan dice ahora, que el poder de Basualdo concluyó con la muerte de don Antonio Mataró, y que después de ella no tenía facultad para vender los terrenos. Pero este es un error de derecho que será muy fácil desvanecer. Mas supongamos la verdad de esa teoría; ella sin embargo admitiría la excepción de la ignorancia del mandatario del suceso que concluyese sus poderes y la ignorancia también de los terceros que de buena fe, tratasen con él. Cualquiera que sea la causa que haga cesar el mandato, si el mandatario no la conoce lo que él hiciere en esa ignorancia es válido y firme. Este es un principio fundamental del derecho. La Instituta dice así: "Item, si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si et mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decesisse executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum afferet".

Y aún cuando conociera las causas que por derecho hicieran cesar el mandato, las obligaciones que él hubiera contraído con un tercero de buena fe, conforme a sus poderes aparentes, deben ser ejecutadas por el mandante, o sus herederos, salvo los derechos de éstos contra el mandatario. Todo lo que

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

el más grande rigor puede exigir de los terceros de buena fe, es que se le presenten los poderes de aquél que con ellos contrata a nombre de un ausente; y estos poderes los tenía y exhibía don José Ortiz Basualdo. Pero no sería racional que los terceros adivinasen los acontecimientos que lejos de ellos y sin su participación hubiesen modificado o extinguido la cualidad del mandatario. ¿Si el mismo mandatario ignorase la cesación de sus poderes y los terceros hubiesen naturalmente participado de esta ignorancia, el mandante o sus herederos podrían quejarse de lo que se había hecho por una cualidad que se creía siempre existente? Las sutilezas del derecho a que se recurriese para anular actos consumados de buena fe serían contrarios a las razones de equidad, de moral y de utilidad pública. Las leyes, señor, dejan a un lado la rectitud lógica cuando ella ataca a la rectitud moral. ¿Y qué cosa más contraria a las nociones admitidas sobre la responsabilidad de las acciones e imputabilidades de las faltas por hechos que se han ignorado? ¿Serían al riesgo y peligro del mandatario los actos que él hubiera celebrado cuando no sabía que el mandato hubiese cesado a consecuencia de un suceso que no era obligado a conocer? Comúnmente el mandato pasa entre personas que viven distantes, y es imposible que el cambio de estado que afecta su existencia llegue al mandatario con una rapidez del momento. Algún tiempo necesariamente se pasa, y en este ínterin grandes intereses pueden haber sido contratados, medidas importantes pueden haber sido tomadas que como actos consumados de buena fe no pueden quedar sin efecto legal. ¿Quién querría de otra manera tratar con mandatarios de ausentes cuya existencia no puede saberse en el momento del contrato? La utilidad del mandato sería así destruida por la exageración de sus propios principios. La equidad ha hecho cesar la sutileza del derecho, teniéndose por un principio que la ignorancia del mandatario del suceso que acabase el mandato hace continuar las facultades que el apoderado tenía pudiendo los terceros que de buena fe hubieran contratado con él en virtud de sus poderes públicos, exigir la ejecución del contrato del mandatario o de los herederos del mandante.[2]

Es pues un error de derecho sentar que en todo caso la muerte del mandante acaba el mandato. El mandato concluye por la muerte del mandante estando las cosas íntegras, *rebus integres;* es decir cuando el mandatario no ha principiado el

[2] TROPLONG, De Mand., Nº 809 y sigtes. VINNIUS, de Mand., § 10. Voet., lib. 17, tít. 1º, § 15. LE CLERQ, tom. 6, pág. 547 y sigtes.

ejercicio de sus funciones. Pero don José Ortiz Basualdo, había desde diez años atrás presentado esos poderes al Juez del territorio; había tomado posesión judicial de los terrenos de Mataró, como resulta de las actuaciones que ha acompañado originales, y había recibido mi propuesta contratando la venta de ellos. Otra cosa sería si no hubiera obrado como apoderado de Mataró; si no hubiera recibido y guardado la obligación de f. 6, por la que me comprometía a estar a la oferta de los 4 mil pesos si el dueño de los terrenos la aceptaba. Entonces solamente estaría íntegro el mandato, y la muerte del mandato acabaría los poderes que hubiese dado.

El mandato, a más, continuaba por expresa voluntad del que se decía heredero de don Antonio Mataró, como aparece de las palabras que he copiado de la carta de f. 38 en que le avisa de la muerte de su padre. Y continuaba, señor, precisamente respecto a la venta que conmigo se contrataba, pues don Bienvenido Mataró escribiendo a Basualdo apoderado de su padre la carta de f. 2, acepta mi propuesta, y ofrece mandar los poderes suficientes para extender la escritura pública. Los manda en efecto con el Capitán Oslnich como él lo avisó por la carta citada. Desde entonces don José Ortiz Basualdo tenía la antigua representación de don Antonio Mataró para vender los terrenos, o la que le daba su hijo, y podía usar de cualquiera de ellas al extender el contrato de venta de f. 1ª; si tomó allí el nombre de don Bienvenido Mataró, ésto no impide que el acto valga de la manera que pueda valer desde que aún era apoderado de don Antonio Mataró.

Yo tenía pues un contrato formal de venta de los terrenos, cual es el de f. 1ª. Don José Ortiz Basualdo no se ha arrepentido de él ni podía arrepentirse. Por el contrario está dispuesto a su cumplimiento como lo dice en sus escritos. Pero don Jaime Llavallol alega que en virtud de la compra que hizo en España de los mismos terrenos y de la posesión que tomó, tiene mejor derecho que el mío a la propiedad de la cosa vendida a ambos. Trataremos pues de la compra que él hizo. Yo demostraré que tanto por la persona del vendedor, el lugar y tiempo en que se ha hecho la venta, como por la casa compradora, y por las relaciones en que ella se encontraba respecto al vendedor y primer comprador, la escritura presentada es de ningún valor para embarazar la terminación del contrato hecho por mí con el señor Basualdo, y pido desde ahora al Señor Juez de la causa se sirva así declararlo con las costas que este pleito causare por los cul-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico:

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pables procedimientos de la casa de Llavallol y de don Bienvenido Mataró.

Este individuo en la venta que hace a la casa de Llavallol toma la calidad de heredero de su padre, don Antonio Mataró y en verdad que solo con ese carácter podía proceder a la venta. Mas esa calidad debió ser justificada ante los Jueces del lugar, donde los terrenos se encontraban. Bienes de esta clase hacen parte del terrtiorio; todos ellos forman el territorio mismo del Estado, y son únicamente regidos por las Leyes del país en que están situados. La nacionalidad del propietario, su ausencia del lugar, su domicilio en país extranjero, nada puede desvirtuar esta ley pública, la cual sola forma por grados la independencia y soberanía de los Estados. Con arreglo a ella, a las leyes del país donde las raíces se encuentren, se adquiere el derecho de suceder, de transmitir dichos bienes; porque en esas transmisiones, en la enajenación de los raíces, en sus imposiciones en el traspaso de las propiedades, van las conveniencias todas de la sociedad, su orden interior y la independencia misma de todo el territorio. ¿Cómo don Bienvenido Mataró ha podido desconocer estos principios, y por llamarse en España heredero de don Antonio Mataró, procede a enajenar bienes raíces situados en Buenos Aires sin justificar primero ante los jueces del territorio la calidad por la que obraba y sin pedir aquí que se le transmitieran los derecho que las leyes de este país transmitiesen a los sucesores legítimos?

Supuesta la muerte de don Antonio Mataró, los procedimientos en este pueblo están determinados de la manera más precisa. Partiendo de la Ley Recopilada [3] que declara del Estado, todos los bienes de las personas que murieren sin testamento, y que no tuvieren ascendientes ni descendientes legítimos, ni parientes hasta el cuarto grado, el Juez del lugar llegando a su noticia que un individuo ha muerto sin hacer testamento en la jurisdicción donde los bienes estén situados, debe ocuparlos y citar por edictos a los que se creyeren con título a la sucesión del difunto; y solo debe entregarlos cuando se le probare plenamente que hay sucesores legítimos por las leyes del país donde existen los bienes. Esta es la bien conocida ordenanza de mostrencos y vacantes de 1786 inserta en la L. 6. tít. 22. lib. 10. Nov. Rec.

Para América había leyes más especiales cuales son las del tít. 32 lib. 2 R. I. Por ellas se creó el Juzgado de Bienes de Difuntos, para estos mismos casos; y se ordenó que de los bienes

[3] L. 12, tít. 18, lib. 5 R.

de intestados, o de los que hubiesen testado en la provincia donde falleciere conociera el Juzgado de Difuntos, se apoderara de ellos y los diera a quien correspondiese por las leyes, absteniéndose únicamente de conocer en ellos dice la ley 43 de dicho título, *cuando el difunto dejara en la provincia donde falleciere notoriamente hijos o descendientes legítimos o ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por ascendencia o descendencia.*

Don Bienvenido Mataró no puede valerse de esta indulgencia de la ley para filiaciones notoriamente conocidas y confirmadas por la posesión de estado en el lugar que el ascendiente o descendiente falleciere.

La ley 45 del mismo título le obligaba a presentarse aquí por sí o por apoderado, sin lo cual no podía ser declarado heredero del que llamaba su padre. *Las personas* dice la ley citada, *que pidieren bienes de difuntos en las Indias, han de parecer personalmente en las Audiencias u otros por ellos en virtud de sus poderes legítimos y bien examinados y han de ser herederos, y de otra forma no serán oídos ni admitidos.*

La ley 44 encargó a los jueces el mayor cuidado en la trasmisión de estas herencias y en el examen de los justificativos de la legitimidad de las personas y recaudos, por los riesgos que tiene la verdad en la gran distancia de Europa a América. "*Ordenamos y mandamos,* dice, a los virreyes y audiencias que si personas legítimas con recaudos bastantes acudieren a pedir los bienes de difuntos en las Indias, se les manden entregar, no siendo de extranjeros, ni de naturales a extranjeros, en que han de tener particular cuidado y advertencia, y en que para ello y las demás justificaciones necesarias se examinen con gran vigilancia los recaudos y legitimación de personas, de forma que no se contravenga a las provisiones hechas en esta materia por el riesgo que tiene la verdad en tan gran distancia".

Entretanto don Bienvenido Mataró traspasando las leyes de su mismo país y del nuestro, y desconociendo deberes a que llanamente se había prestado, se llama heredero de don Antonio Mataró; olvida la autoridad de los Jueces del territorio; toma y vende los terrenos situados en este pueblo sin ningún justificativo previo, ni aún el de la muerte de Don Antonio Mataró, antecedente esencial para todo paso ulterior, aunque sin duda fuera su hijo legítimo.

Y entretanto también, una casa del país contrata con él y a más, pretende que los Jueces cuya autoridad ha olvidado en

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

materia tan capital, confirmen esa sucesión transmitida por hechos propios y sin conocimiento de las justicias de allá, ni de las justicias de aquí; den por muerto al propietario reconocido en esta ciudad y en estas oficinas, y sujeten los bienes raíces en Buenos Aires, su disponibilidad, su transmisión, la sucesión en ellos a lo que un particular del Reino de España, quiera allí disponer, sin que ningún antecedente lo hubiera hecho conocer siquiera, como hijo de don Antonio Mataró.

No era ésto efecto de ignorancia ni del uno ni del otro. A don Bienvenido Mataró se le había exigido que acreditara la muerte de don Antonio; que él fuera su único y universal heredero. Se le había hecho saber también la necesidad de que remitiese un poder suficiente para pedir la herencia y poder otorgar la escritura de venta de los terrenos. El contestó por la carta presentada de f. 2., que iba a remitir todos los documentos que se le exigían como antecedentes indispensables. Dice después en las de f. 61 y 62 que había mandado dichos instrumentos y que mandaría un duplicado para remediar su pérdida. ¿Para qué, pues, eran necesarios si él se creía con derecho a enajenar desde España lo que ya llamaba su herencia? No había otro medio de hacer lo que se ha hecho, ni podía esperarse resultado alguno sino marchando por ese camino oscuro e ilegal para burlar mis derechos. ¿Por qué la casa de Llavallol no propuso aquí comprar los terrenos cuando sabía que había un apoderado para venderlos? ¿Buscaría acaso un precio más bajo? No, pues se le ve pagar la misma suma de 4 mil pesos que él sabía estaba convenida conmigo. Si ocurrió a España a hacer la compra de los terrenos fue únicamente por que aquí no hubiera podido realizarla pues que era preciso presentar los justificativos de la filiación del vendedor y de la muerte del antiguo propietario, pedir la herencia al Juez del territorio, obrar en fin por actos públicos; y no contaba que el señor Basualdo se prestaría al fraude de vender lo que me estaba vendido.

Aún suponiéndolo heredero legítimo y en posesión de los bienes hereditarios por Juez competente, él no podía enajenarlos desde país extranjero; y ese acto por esta segunda causa no tiene tampoco valor alguno. La ley expresamente lo dispone así "conformándonos, dice, con lo dispuesto por las leyes de nuestro Reyno sobre ante qué Escribanos han de pasar las escrituras de venta y de otras cosas, mandamos que cualesquiera vendidas y trueques y enajenaciones que se fizieren de bienes raíces, se hagan ante los Escribanos de número de las Ciudades, Villas y lugares donde y en cuyo territorio estuvieren las heredades que se vendieron".[4]

Por la Real Cédula de 7 de Junio de 1793 copiada en la L. 1ª. tít. 12, lib. 10 de las adiciones a la Novísima Recopilación, se ordenó lo siguiente: "en observancia de lo prevenido por la Ley 14 de este título, y con arreglo a lo mandado por diferentes órdenes e instrucciones, las escrituras de venta e imposiciones de Censos, y cualesquiera otras enajenaciones de bienes raíces deberán otorgarse precisamente ante los Escribanos del número de las ciudades, villas y lugares a que pertenecieren los términos en que se hallaren sitos las posesiones, y heredades que se vendieren o gravaren". Y sin duda que no se puede permitir que las propiedades raíces se transmitan por otros registros que los que se llevan en el país donde el inmueble está situado. Aunque las leyes citadas hablan de los derechos de Alcabala, no por eso la razón de estas disposiciones es ese preciso impuesto que no existe en Buenos Aires. En esta ciudad hay contribuciones directas a los valores territoriales que únicamente gravan a los dueños de los predios y no a sus poseedores, y con quienes es preciso que los delegados del Gobierno se entiendan para la recaudación de las contribuciones. "Para las pruebas del dominio, dice Marina en su Historia de las Leyes de Partida, para la imposición de contribuciones, para evitar los fraudes en las enajenaciones de los bienes de los deudores, para la redención de los censos, para que tenga efecto el derecho de retracto, para evitar agravios, usurpaciones, pleitos y litigios, previnieron las leyes con gran tino, que las donaciones, compras y ventas de los heredamientos y otros haberes, se hiciesen públicamente en días señalados, y ante testigos en cuya presencia, y al mismo tiempo del otorgamiento del contrato se debiese ejecutar el apeo y amojonamiento de la heredad o posesión". Esta publicidad, y localidad del acto, diré así, se suplió después por la escritura pública que se otorgase en el mismo pueblo donde el bien raíz estuviese situado, publicidades que no se alcanzaría cuando la enajenación se hiciera a dos mil leguas de distancia como es la que ha hecho Bienvenido Mataró.

No digo señor las enajenaciones absolutas, aún los gravámenes a las fincas deben solo constituirse precisamente por las oficinas del pueblo en que estén situados. La L. 10, tít. 33, P. 7, declara que la constitución de una hipoteca es una manera de enajenar a par de la venta y del cambio aún cuando no importe

4 L. 10, tít. 17, lib. 9, R.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

el traspaso del dominio. Y los censos y las hipotecas no pueden constituirse sino por las oficinas públicas donde los raíces se encuentren situados como está mandado por las Leyes Recopiladas. Un censo, una hipoteca sobre una finca de Buenos Aires, hecho y registrado en España nada valdría en este pueblo. ¿Y cómo valdrá la enajenación directa y absoluta que transfiere el dominio y todos los derechos en la cosa? Las razones que crearon la publicidad de los registros de hipoteca, y las leyes sobre su otorgamiento en el pueblo donde el raíz esté situado, son necesarios con doble razón en las enajenaciones absolutas. Si un negociante de Buenos Ayres dijese a sus acreedores en el día de faltar a sus compromisos que sus bienes raíces habían sido enajenados en España, por un poder que al efecto había mandado ¿no habría que oponer a este fraude o a este engaño sobre sus garantías visibles? Si para hacer ilusorio el derecho de retracto se convienen vendedor y comprador que la escritura de una finca situada en Buenos Ayres se otorgue en el Janeiro, ¿de qué serviría el derecho de tanteo si la enajenación había podido hacerse en otro territorio desde donde la noticia de ella no pudiese llegar en los nueve días de la Ley? Para evitar pues los fraudes en la enajenación de los bienes regularmente más valiosos; para las pruebas del dominio en ellos; para el ejercicio de los derechos especiales que las leyes hayan constituído para evitar estas colisiones de ventas aquí y ventas en otro territorio; para mil conveniencias sociales y privadas es preciso que esas leyes existan y tengan el debido cumplimiento; pues que no son sino un derivado necesario de la ley primordial que ordena que los bienes raíces sean regidos por las leyes del pueblo en que estén situados.

Y aunque no fuera nula la venta hecha al señor Llavallol, la compra que yo hice a don José Basualdo es preferida a la que hizo la casa de Llavallol. Pongámonos en el caso de la L. 50. tít. 5. P. 5 en que desearía hallarse el demandado, cuando una misma cosa es vendida por el dueño a dos individuos. La primera en tiempo es preferida, generalmente hablando. Yo propuse, como he dicho al señor Mataró en 1844 por medio del señor Basualdo la compra de los terrenos por la suma de 4 mil pesos fuertes, y me obligué a estar por esta oferta si el dueño la aceptaba. Si al recibo de ella don Bienvenido Mataró era el dueño de los terrenos porque los hubiese heredado, o por otra causa cualquiera, y si aceptaba mi propuesta de una manera terminante, como la aceptó por la carta de f. 2, el contrato quedaba perfecto en todas sus partes, pues que la L. 48.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

tít. 5. P. 5. expresamente me dispensaba de dar el poder en forma al señor Basualdo, ni éste tenía necesidad de recibirlo del propietario para celebrar el contrato. "E aún decimos dice la ley citada, que si algun ome envía su mensajero diciéndole así: ve a tal ome e dile que si me quiere vender tal cosa suya, que le daré tal precio por ello; si aquel a quien lo envía otorga la vendida de la cosa por aquel precio que envía a decir, vale la vendida, maguer no le hubiera dado carta de personería al mensajero porque ficiese la compra. Et además este en cuyo nombre es fecha la vendida e la compra debe guardar los pleitos e las posturas que puso sobre ella aquel que la fizo en su nome que pues que él otorgó la compra, que la haya por firme".

A más, el señor Basualdo tenía los poderes públicos del padre de don Bienvenido Mataró, para vender dichos terrenos; tenía la carta del que se llamaba heredero del propietario diciéndole que no alteraría las órdenes que le tenía dadas su padre. Ese mismo individuo que le continuaba en la posesión de los terrenos le escribe la carta de f. 2 aceptando mi propuesta de 4 mil pesos fuerte. Luego el señor Basualdo, según la ley citada podía otorgarme el documento de f. 1ª estando como estaba el contrato perfectamente concluido. Esa venta Señor es de Enero de 1847 y la compra de la casa de Llavallol es de Marzo del mismo año; luego yo era el primer comprador de los terrenos.

Y sobre todo, si desde España aquí podemos contratar salvos los requisitos de las leyes, si podíamos estipular por cartas, si la compra puede hacerse de esta manera, yo entonces puedo también decir que he comprado los terrenos al señor Mataró desde el día que aceptó mi oferta y echó a la estafeta su carta de f. 2. "E aún, ordena la ley 8, tít. 5. P. 5, podría ser fecha la vendida maguer el uno estuviese en un lugar el otro en otro, por cartas o por mandaderos, e pagándose el comprador, de la cosa, e el vendedor del precio". Luego puedo aún referir el contrato a la fecha de la carta de f. 2 el 2 de Noviembre de 1843.

Tampoco estamos exactamente hablando en el caso de la ley 50, que dispone, cuando el dueño vende a dos personas distintas la misma cosa. En los terrenos en cuestión, no hay la concurrencia de dos ventas hechas, por el propietario de ellos, sino una por él y otra anterior hecha por el apoderado para vender. En tal caso es preferida la que hace el apoderado a la que hubiese celebrado el mismo dueño antes de revocar los po-

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

deres y de que el mandatario tuviese conocimiento de la terminación del mandato. La razón es porque el que da poder para vender se priva de la facultad de hacerlo o puede solo efectuarlo en el caso que su apoderado aún no hubiese enajenado la cosa. La ley de la materia es terminante. Después de resolver por la ley 50, sobre las ventas hechas por una misma persona, la ley 51 va a disponer en el caso que una misma cosa fuera vendida por el dueño y por el que tenía facultad para venderla, y dice así: "Mas si algún ome vendiese a otro alguna cosa que non fuese suya e aquella misma cosa vendiese el Señor de ella a otro después, este postrimero comprador que la compró del que ha mayor derechos en ella, éste la debe haber. Fueras ende si el que lo vendió primeramente, había razón derecha para venderla; como si la tuviese en peños, e cuando le fuese empeñada la recibió a tal pleito que la pudiese vender si se la non quitasen a día señalado. O si fuese personero e en la personería le fuese otorgado poder de la vender, e la vendiese en ante que supiese que el Señor de la cosa la quería vender a otro".

Pero volvamos sobre la ley 50.

Don Jaime Llavallol se defiende diciendo hallarse en la modificación que hace dicha ley 50. tít. 5. P. 5. al principio general declarándose por ella que debe prevalecer la venta de tiempo posterior cuando el segundo comprador hubiese tomado posesión de la cosa vendida que él se encuentra en este caso, porque se le dio posesión judicial de los terrenos. Esta determinación de la Ley es por sí odiosa, desde que destruye una convención legalmente formada, da lugar a un arrebato en los contratos para llevar adelante una sutileza del derecho sobre la adquisición del dominio, y debe por consiguiente exigirse del que quiere servirse de ella, una posesión, una tradición pacífica, título en el que transmite la cosa vendida, y que la entrega de ella no lleve vicio alguno de clandestinidad violencia, engaño etc. Veremos entonces de qué genero es la posesión que dice Llavallol que los Jueces le han dado de los terrenos que yo había comprado. Pero supongámosla hecha en las formas debidas. Sin embargo debo decir que la Ley de Partida al dar la preferencia al segundo comprador que ha tomado primero la posesión de la cosa vendida, no ha querido por ésto autorizar los fraudes. Esa preferencia no podía tener lugar cuando el segundo comprador hubiese sido de mala fe; cuando hubiera sabido que iba a defraudar los derechos de un tercero que antes que él había comprado aquella misma cosa.

La mala fe en actos tales se tiene cuando se ha sabido estar

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

la cosa vendida a otro. La L. 13 tit. 7. P. 3. hablando de los que venden las cosas para hacer engaño a los derechos de un tercero, cifra la mala fe del comprador en saber el engaño que por aquel acto se hace al que ya tenía derechos a que esa cosa no se vendiera. "Mas si el comprador non fuese sabidor del engaño, dice la Ley, e hubiese comprado aquella cosa a buena fe etc..."

Luego no hay buena fe cuando el segundo comprador sabe que aquella cosa está ya vendida a otro.

Los autores que hablan de la preferencia del segundo comprador que ha tomado la posesión de la cosa, la limitan cuando no tuvo buena fe en el contrato, sabiendo que la primera venta estaba hecha. Chardon en su tratado *del dolo y fraude*, después de establecer la disposición de la ley *quoties* que ordenaba lo mismo que la de Partida, dice "*sin embargo*, si se llegase a probar que el segundo comprador del bien raíz tenía conocimiento de la primera venta, él sería reputado cómplice del dolo del vendedor, y la reivindicación del primer comprador debía ser admitida".[5]

El Señor Covarrubias hablando de la misma ley dice: "Eadem constitutio procul dubio inteligenda est cuando secundus emptor bonam fidem habet nam si is mala fide, id est, non ignarus primae venditionis eandem rem emerit, licet eidem tradita sit nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evincetur".[6] Este respetable Jurisconsulto sigue fundando la doctrina apoyada en los textos de las leyes que cita.

Gutiérrez en el tratado *De juramento confirmatorio* destina el capítulo 30 de la primera parte a tratar del caso de la venta de una misma cosa hecha a dos, y después de sentar las disposiciones de la ley *quoties* y de la ley de Partida, dice así: "Ultimo pro complemento hujus capitis non omitam unum, quod licet vulgare sit apud doctores, est tamen utilissimum in practica ad quod multi non advertunt. Sed per id advocati priori emptoris bene advertentes poterunt excludere dictam legem quoties et facere cui sententiam pro sua parte scilicet, quando secundus emptor cui tradita est possessio, scire rem illa primo esse venditam alii, et contrahentes secundum contractum et traditionem ipsius celebrarunt dolo ut res non pervenerit ad primum emptorem. Quia dato, quod postea in ipsum per traditionem fuerit translatum dominium tamen propter fraudem suam qua usus est emendo emptor ipsam rem ab eo revocare per actionem

5 Tom. 1º, pág. 28.
6 Var., lib. 2º, Cap. 19.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

praetoriam competentem ad revocandum alienationem in fraudem factam".

Esta doctrina vulgar, como la llama el autor es de todos los libros que tratan de la ley de Partida, y puede decirse que sin excepción es enseñada por todos que el segundo comprador aun cuando tome posesión de la cosa vendida, no es preferido al primero si sabía que la cosa estaba vendida a otro.

Que la casa de Llavallol supiera que los terrenos me estaban vendidos, consta de los documentos presentados por el señor Basualdo; por su intervención en el contrato; por el precio mismo que aparece haber dado por los terrenos. Por la casa de Llavallol se recibían y contestaban las cartas del señor Mataró. Por ella se recibió la importante comunicación de f. 2 que concluía el contrato. En ésta se decía en 1845 que los poderes venían también para los señores Llavallol; y no puede dudarse que el señor Mataró les escribiera. Llegó el capitán Oslnich, y como siempre había sucedido, las comunicaciones serían entregadas a la casa de Llavallol, la cual se quedó con ellas, y trató de adquirir por sí lo que ya me estaba vendido y debía ella escriturarme con los otros apoderados. ¿Para qué echar más sombras sobre su conducta que aquéllas con que la ha cubierto la exposición del señor Basualdo? Da órdenes a España, ¡y qué coincidencia tan singular en el comercio! Compra los terrenos ni por más ni por menos que por los 4 mil pesos fuertes contratados conmigo; terrenos por los que el dueño había pedido diversos precios. Esto demuestra que el comprador sabía bien la cantidad que yo había ofrecido y que estaba aceptada por Mataró. En fin, el todo del negocio y la posesión que tomó don Jaime Llavallol presentará a V. S. un comprador y una posesión de mala fe que no es por cierto la tradición legal que transmite el dominio de las cosas. Cualquiera pues que fuera la intención que conducía a esos hechos, para los efectos civiles del contrato, don Jaime Llavallol debe ser considerado como comprador de mala fe, pues que a nadie excusa la ignorancia de las Leyes. No es comprador de buena fe el que compra sabiendo el engaño que el vendedor hace a los derechos de un tercero porque desde entonces participaba y coadyuva a burlar las acciones adquiridas. No es comprador de buena fe el que compra lo que sabe que no se puede vender por derecho, como eran los terrenos de la testamentaría de don Antonio Mataró. No es comprador de buena fe el que compra a quien no puede vender como don Bienvenido Mataró que por las Leyes de Indias debía presentarse aquí, justificar su título y pedir la herencia al Juez del territorio.

Desde el primer paso que dió Llavallol en este negocio obró ya con ánimo de defraudar los derechos que yo había adquirido por el contrato de venta. Don Bienvenido Mataró decía en su carta de f. 60 que iba a remitir todos los documentos que acreditaran que él era el heredero y albacea de don Antonio Mataró. En la carta de f. 61 fecha 25 de agosto de 1846 dice que los ha remitido con el Capitán Oslnich. Entretanto estos documentos aparecen en poder de Llavallol que los ha presentado a fs. 91 y 92 para acreditar los derechos del que le vendió los terrenos; y en ellos se advierte una circunstancia muy notable, que solo tienen quince días de diferencia de fechas con la carta de f. 60; es decir que después de escrita dicha carta sacó Mataró los testimonios que decía iba a remitir, y los remitió con el capitán Oslnich como lo dice en la de f. 61. ¿Quién no dirá que Llavallol los recibió, los guardó, y fue a comprar para sí lo que estaba encargado de escriturar para otro? La misma escritura que ha presentado a f. 17 demuestra que esos antecedentes necesarios que debían acompañarle y referirse en ella estaban ya en su poder. Nada se habla de ellos en dicha escritura ni se dice que se entregaron a don Jaime Llavallol. El no podía dejar de exigirlos como el antecedente más esencial del contrato que celebraba. Pero es indudable que si no los pidió ni se los dieron entonces, fue porque ya los había recibido del capitán Oslnich que estuvo en este pueblo y le trajo comunicaciones.

En fin Señor la falta de buena fe de don Jaime Llavallol en la compra y posesión de los terrenos es tan patente que basta mirarlas en sus primeras relaciones con la casa comprada y con las personas que intervinieron en el 1º y 2º contrato. El era el apoderado para escriturarme los terrenos, y por su conducto iban las comunicaciones a Mataró. El señor Basualdo por el estado de sus negocios había pedido esta participación del señor Llavallol; y éste, valiéndose de la confianza que en él se puso y de la instrucción que con ese motivo tomó del estado del negocio, va y compra para sí lo que ya me estaba vendido.

Sabía que Basualdo era poseedor de los terrenos; que estaba obligado por un contrato de venta a la entrega de ellos; había visto todos los documentos pasados a este respecto, y sin embargo los compra y toma posesión ocultándose de él.

Si lo miramos respecto al vendedor, éste le había mandado por el capitán Oslnich los documentos precisos para que se pidiera la herencia y se me escriturara la venta que me había hecho.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Oculta todo, abusa de esa confianza para adquirir aquella propiedad.

Si se le considera respecto al primer comprador su falta de buena fe es más notable, pues no sólo sabía todos los pasos que yo había dado sino que le había ofrecido dispusiera del dinero para que se empleara en los objetos que el señor Mataró le encargaba y se excusaba de recibirlo por frívolos pretextos, con la mira de comprar los terrenos para él, mandando al efecto un poder a España, al mismo tiempo que aparecía aquí estar esperando documentos que ya tenía en su poder.

La malicia pues de sus actos no puede constituirle derecho alguno superior al que me daba el contrato de venta que él quiere embarazar por hechos reprobados que al efecto creó. El acto debe invalidarse por el engaño y fraude que comprador y vendedor hacían de mi derecho. La ley me da, en un caso tal, una acción revocatoria para dejar sin efecto lo que se ha hecho en daño y perjuicio de mi derecho: "E si por aventura, dice aquella cosa la vendiese o la cambiase o la diese en dote o apeños, entonces decimos que si pudiese ser probado que aquel que recibió la cosa en alguna de estas maneras sobredichas, sabía que el deudor facía este enajenamiento maliciosamente e con engaño, que puede ser revocado fasta aquel tiempo que desuso dijimos". [7]

Pero supongamos legal y válido el contrato de don Jaime Llavallol y examinemos si ha llenado legalmente la condición de la ley por la que sería preferido al mío y habría adquirido la propiedad de los terrenos.

La tradición que alega ha sido, o allá en España hecha por don Bienvenido Mataró, o ha resultado de la posesión que tomó aquí de la cosa vendida. En ambos casos obsta una circunstancia de la cosa al objeto del contrato, y es que la posesión de ella no estaba vacía, que la tenía don José Basualdo el cual se negaba a entregarla como no ha entregado los terrenos, ni ha sido desposeído de ellos. La nueva posesión de don Jaime Llavallol no podía principiar, porque dos posesiones diversas se excluyen mutuamente y no pueden existir sobre una misma cosa.

Es un principio en el derecho que siempre que continúa la posesión que se tiene, otra nueva y extraña posesión no puede principiar; y que cuando el derecho reconoce una nueva posesión es porque precisamente ha cesado la posesión precedente, pues que recién entonces la cosa está vacía de toda posesión. Los hechos

[7] L. 7, tít. 15, part. 5ª.

y documentos constantes de autos demuestran que don José Ortiz Basualdo estaba en posesión judicial del terreno a nombre de don Antonio Mataró desde el 7 de Diciembre de 1837 según resulta de la diligencia de foja 54; y que don Jaime Llavallol fue a él y le pidió la entrega de los terrenos. Consta también que Basualdo se negó a entregárselos mostrándole el contrato que conmigo había desde antes concluído, y las cartas del que se decía dueño que había convenido en aquella venta. El hecho pues es indudable, y Llavallol no lo contradice. Puedo decir entonces que la Ley [8] lo supone siempre poseedor mientras no se pruebe lo contrario. "Mas si aquel dice que probó que fue tenedor en algún tiempo de la cosa sobre que es la contienda dice a un e otorga que hoy en día es tenedor de ella, sin falta debemos sospechar que lo sea fasta que el otro que él refiere la tenencia pruebe el contrario".

No se diga que la posesión de don José Ortiz Basualdo no era por derecho propio, y que solo tenía los terrenos a nombre de don Antonio Mataró. Desde que no los poseía a nombre de don Bienvenido, desde que los tenía también por las mejoras que había hecho, era poseedor legal en todo el valor de la expresión, aún cuando no fuera propietario de ellos, ni su posesión sirviera para la prescripción. Las acciones posesorias no se fundan en la propiedad sino en el acto de la posesión. Para tener derechos posesorios no se necesita de la posesión civil, la que conduce a la prescripción, pues los interdictos se dan al hecho de la posesión. Don José Ortiz Basualdo por lo tanto estaba en posesión jurídica de los terrenos, y ellos se hallaban libres de toda posesión con efectos civiles. Luego no podía hacerse tradición de ellos sino desposeyendo al poseedor actual cuyos poderes no habían caducado por la muerte de don Antonio Mataró.

Digo pues que los terrenos estaban legítimamente poseídos por Basualdo y que nadie podía hacer tradición de ellos mientras esta posesión continuara. Con este antecedente hablaré de la tradición que se dice hizo allá en España don Bienvenido Mataró de los terrenos que están en Buenos Aires.

Don Bienvenido Mataró no tenía la posesión de ellos y por consiguiente no podía dar a otro la posesión de una cosa que él mismo necesitaba que se le entregara. El solo título hereditario no transmite la posesión y menos cuando la cosa está poseída por otro. A este título como a todos los otros traslativos de domi-

[8] Libro 10, título 14, part. 3ª.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

nio le era precisa la tradición, o la gestión *pro herede*. El título hereditario da el derecho; pero no constituye el hecho de la posesión. Así es que las leyes han creado acciones especiales para que el instituído en un testamento solemne pueda entrar en la posesión de la herencia. Y más Señor en nuestro caso en que por las Leyes de Indias que he citado, ese título mismo debía alcanzarse de los Jueces de este territorio, y pedir con él la posesión de la herencia. Pero decir que el heredero en España de un bien raíz situado en Buenos Aires entra en posesión de él, y desposee virtualmente al actual poseedor por solo la fuerza del testamento en que es instituído, es desconocer todos los principios por los cuales se adquiere la propiedad; es olvidar las leyes sobre posesión hereditaria; es dar a todos los modos de adquirir la ventaja de la posesión civilísima que la ley solo concedió al Mayorazgo del Reino de España para que el trono no estuviera vacante ni por un momento.

Pero demos al título hereditario la eficacia que se quiera, y supongamos que él sólo transmite las cosas hereditarias; y que así don Bienvenido Mataró pudiese transmitir los terrenos de que se trata. ¿Pero los transmitió en efecto? No, Señor, ni nada dijo o hizo a este respecto. Llavallol alega que la posesión se le dió allá en España simbólicamente dándosele el título de la venta en conformidad a lo que dispone la ley de partida. Mas el antecedente es falso. Mataró no ha entregado los títulos que se han presentado en señal de la posesión que transmitió, ni de otra manera alguna se otorga allí la escritura de venta; y don Jaime Llavallol saca un testimonio de ella que le convenía tener. Esa escritura pues no la ha entregado Mataró; y así, aunque dijéramos que la entrega del documento suple la tradición de la cosa, siendo cierto que nadie le ha entregado ese documento, y mas, como título de posesión, los terrenos no pueden decirse entregados por haber Llavallol pedido un testimonio del contrato que celebró. Los documentos de que habla la ley, que representan en la tradición, a la cosa vendida, son los títulos de propiedad que tenía el vendedor, y no la escritura misma de la venta, como lo enseñan los doctores.[9]

Por otra parte la ley habla cuando la cosa está presente y no a la distancia que Mataró se hallaba de los terrenos que vendió. Las leyes de Partida en el título 30 P. 3 comienzan a declarar las tradiciones simbólicas, o *brevi manu* desde la Ley 6ª. Hablan primero de la tradición *brevi manu*, señalando la cosa, y como

[9] TROPLONG, De la Vente, número 276.

si la tomase o entregase el vendedor, y por ésto exije que ella esté presente, *e estando la cosa delante*. Sigue la ley 7ª y habla de la tradición simbólica entregando la llave de la casa o almacén que se ha vendido, y agrega también: "*e estando y delante*". Pone otro ejemplo la ley 8ª que sigue con la entrega de los documentos, y debe por supuesto decirse también que la cosa debe estar presente, porque de otra manera el símbolo ninguna relación inmediata podría tener con la cosa cuya entrega material va a suplir.

Pero sobre todo, en las tradiciones simbólicas, como en toda otra tradición es necesario que la cosa esté vacía de posesión y que no haya embarazo para apoderarse de ella. ¿De qué serviría dar las llaves de la casa si otros la ocupaban realmente? La posesión ficta lucharía contra una realidad que no se podría vencer sino después de un largo juicio. Mataró mismo no podría haber tomado la posesión de los terrenos, sino venciendo al poseedor actual. Si estos pues estaban poseídos por don José Ortiz Basualdo a nombre propio o a nombre de otro que don Bienvenido Mataró, no podía hacerse ninguna tradición simbólica de la cosa vendida; no podía suceder el hecho de la posesión desde que dos posesiones diversas y contrarias no pueden concurrir en una misma cosa. Luego no ha habido tradición de los terrenos vendidos, hecha por don Bienvenido Mataró desde España. No queda pues otra que la posesión que tomó don Jaime Llavallol. Examinémosla, definamos su carácter, y veamos si es tal cual la ley la requiere para transferir el dominio.

Don José Ortiz Basualdo, el que me había vendido los terrenos, no estaba desposeído de ellos ni había querido desampararlos. Desde entonces toda otra posesión que se quisiera hacer conservar importaría un despojo que nunca da derechos posesorios respecto al despojado, porque siempre el acto es revocable por la ley. "Después que ome, dice la ley de Partida[10] ha ganado la tenencia de alguna cosa siempre se entiende que es tenedor de ella quien la tenga corporalmente, quien non fasta que la desampare con voluntad de la non haber". Si no ha perdido la posesión por hecho propio, sólo puede perderla por sentencia de Juez, y para ésta, es preciso un juicio formal; pero si no fuere citado ni oído, y vencido por derecho el acto o decreto judicial no le privaría de sus derechos, ni los haría adquirir a otros, pues se tiene por no hecho y se repara inmediatamente.[11] Tal fue el carácter de la posesión judicial que se mandó dar a don Jaime Llavallol.

[10] 12. tít. 30, part. 3ª.
[11] L. 2, tít. 13, lib. 4º, R.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Esta posesión fue desde un principio viciosa y el acto solo tuvo algún efecto por no ejecutarse como el Juez lo ordenaba. Yo me había presentado por el escrito de foja 13 refiriendo el contrato que tenía sobre los terrenos, y pidiendo se me otorgara la escritura de ellos. Contestó don José Ortiz Basualdo solicitando se oyera antes a don Jaime Llavallol, y corrido traslado a éste, recibió los autos el 22 de Setiembre de 1847, según resulta del mismo expediente. Desde entonces la cosa era litigiosa aún cuando no hubiese demanda bastando para darle este carácter el emplazamiento, la citación que se hacía por el decreto de traslado, y no podía mudar de dueño: era innegable por actos directos o indirectos que tuvieran el efecto de transferir el dominio.[12] Las leyes no exigen demanda para poner a la cosa el sello de litigiosa, e inajenable: *que le quisiera demandar,* dice la ley de Partida. Basta la sola citación al juicio; basta un procedimiento judicial cualquiera; basta que haya respecto a la cosa una acción deducida en juicio porque ella toma el carácter de cosa litigiosa y que el dominio ni posesión no pueden variarse. Luego aunque la demanda que puse por los actos de don Jaime Llavallol fuese posterior a la tradición que se le hizo, los terrenos eran ya cosa litigiosa desde que por ellos había demandado a don José Ortiz Basualdo antes que sucediera la posesión de Llavallol. Estaba ya éste citado al juicio que yo promovía contra Basualdo y los terrenos por lo tanto no podían salir del poder en que estaban. Luego los actos ejecutados por don Jaime Llavallol después de tener el expediente en traslado no pueden darle el dominio o posesión de los terrenos.

Así que se vió con los autos en traslado y teniendo a la vista todos los documentos que probaban el contrato que yo había celebrado, ocurrió al día siguiente 23 de Setiembre a pedir la posesión de los terrenos como resulta a foja 23 de los autos. Pero ya era tarde. Los terrenos estaban demandados; él se hallaba citado al Juicio y tenía como he dicho el expediente en traslado. El 23 de Setiembre pues los terrenos no podían variar de dueño ni de poseedor. Si se lee el pedimento de foja 23 por el que Llavallol pidió la posesión, resulta que sabiendo que no se la daría el Juez que le había corrido traslado de mi demanda, ocurrió a otro Juzgado, al del Señor Doctor Gaete, ocultándole que aquellos terrenos eran litigiosos y que tenía en traslado los autos del pleito. Este pedimento era pues ante un Juez incompetente porque otro había ya prevenido en el juicio sobre la propiedad de los terrenos. El Doctor Gaete mandó darle la posesión *con la citación correspondiente*: es decir con la citación del poseedor actual; y esta citación no se hizo con estudio y premeditación porque en el acto don José Ortiz Basualdo hubiera reclamado una tal providencia. Ejecutado el acto en esa forma tomaba el carácter de un verdadero despojo que no da derechos posesorios, pues que debe revocarse inmediatamente como lo ordena la ley: "Defendamos, dice, que ningún Alcalde ni Juez, ni persona privada no sean osados de despojar de su posesión a persona alguna sin primeramente ser llamado, oído y vencido por derecho; y si pareciere nuestra carta por donde mandaremos dar la posesión que uno tenga a otro, que si la tal carta fuere sin audiencia, que sea obedecida y no cumplida; y si por tales cartas, o albalaes, algunos fuesen despojados de sus bienes por un Alcalde, que los otros Alcaldes de la ciudad de donde acaeciere restituyan a la parte despojada hasta 3º día, y pasado el 3º día que la restituyan los oficiales del Consejo".[13] Luego no fue una posesión legal que tomó, sino un despojo el que hizo don Jaime Llavallol quebrantando el mismo auto que le daba la posesión, *con citación correspondiente.*

[12] L. 1º, tít. 12, lib. 1º, Fo.R1.L.13 y 14, tít. 7, part. 3.

Esa posesión era también alcanzada subrepticiamente. Resulta de autos y está confesado por don Jaime Llavallol absolviendo la posición 1ª y 2ª de foja 265, que fue a casa de Basualdo a pedirle la entrega de los terrenos, y que éste se negó a hacerlo por estarme ya vendidos. Ocurre luego a pedir la posesión al Señor Juez Doctor Gaete, y no le dice que esos terrenos estuviesen poseídos por Basualdo, el cual se negaba a entregarlos. Cuando debía poner una demanda, hace el pedimento de foja 23 silenciando al Juez esa importante circunstancia, y pide la posesión de los terrenos como de una cosa que no tuviese poseedor actual y que no admitiera contradicción alguna. Como ya Basualdo se hubiese negado a hacerle la entrega de los terrenos, evitó por eso que le notificara el auto de 23 de Septiembre.

Tenía en su poder el expediente pasado en traslado por Vuestra Señoría dos días antes, y sin embargo, ocurriendo a otro Juzgado, le ocultó que sobre esos terrenos había un pleito cuyos autos se le habían pasado en traslado.

En ellos iba el contrato hecho con Basualdo y la carta de Mataró aceptando mi propuesta; y sin embargo guardó silencio sobre este antecedente tan grave, y cuidó bien de no decir al Juez a quien ocurría que al hacer aquel pedimento, sabía que esos terrenos me estaban ya vendidos.

[13] L. 2, tít. 13, lib. 4, R.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Con éstas y otras reticencias que dan el carácter de subrepticia a la posesión que tomó, consiguió alcanzarla de un Juez incompetente, pero siempre *con la citación correspondiente*, que dejó de hacerse, pues ella entonces, la tradición que pretendía hubiera sido contradicha, o hubiera Basualdo apelado del auto.

Evitando así que el actual poseedor tomara conocimiento de la nueva posesión que sucedía en el terreno, parece que no advertía que le imponía el vicio de clandestinidad. Toda vez que el nuevo poseedor tome la posesión ignorándolo el poseedor actual, la posesión es clandestina y más si se ha hecho como lo hizo Llavallol, con el preciso objeto que Basualdo no impidiera la ejecución del auto. Una posesión con este vicio no desposee al poseedor precedente, ni tiene en el derecho efecto alguno civil, porque la ley juzga poseedor al que antes lo era, pues que no ha desamparado la tenencia de la cosa voluntariamente, ni se le ha notificado el decreto judicial que ponía a otro en posesión de la cosa que él tenía.

Esa posesión era también equívoca. Para que la tradición transmita el dominio, por su objeto mismo, para las consecuencias de él, debe poner al mero poseedor en una posición tal que él y solo él pueda disponer de la cosa a su voluntad. A don Jaime Llavallol no se le hizo, Señor, una tradición absoluta de los terrenos el 23 de Setiembre. Don José Ortiz Basualdo quedó en posesión de muchas de las casas que existían en los terrenos. Ha presentado una relación de todos los alquileres que está cobrando y presenta por fin el documento de foja 158 fecha de Noviembre de 1847 por el que consta que él era reconocido todavía por poseedor del terreno, y como tal pagaba la contribución directa. Don Jaime Llavallol no puede negar los hechos, el cobro de alquileres que hacía Basualdo y desde entonces reconoce que quedó éste en posesión de las casas que existían en el terreno por no haberse hecho saber a él ni a todos los inquilinos el decreto de posesión en que Llavallol se apoya. Luego no ha sucedido la tradición absoluta que la ley exije para la transmisión del dominio. Esta tradición nunca debía ser más omnímoda e inequívoca que en el caso en que la propiedad se adquiere por la posesión, porque entonces éste es el complemento esencial, el título diré, del dominio; título que debe ser claro y no dejar en otros la posesión de la cosa.

Por todo ésto puedo concluir que don Jaime Llavallol no ha tomado la posesión que la ley requiere para que el segundo comprador sea de mejor derecho que el primero y que aún reduciendo

el pleito al mero caso de la ley 50. tít. 5. P. 5. la compra que yo hice de los terrenos anterior a la que él celebró, es preferida a la suya.

* * *

Después del escrito anterior y antes de sentenciarse la causa, don Jaime Llavallol quiso alterar la posesión de los terrenos cobrando los alquileres que había seguido cobrando don José Ortiz Basualdo. De aquí se originó un artículo pidiendo Peña que se conservara a Basualdo la posesión que tenía de parte de los terrenos y de lo edificado en ellos, o que se nombrara un administrador del todo durante el pleito. El Juez de 1ª Instancia mandó ésto último. Apeló Llavallol a la Alzada, y el Juez de ella revocó la sentencia por estar, decía, don Jaime Llavallol en posesión de los terrenos. Peña apeló a la Cámara y allí se presentó el escrito siguiente contra la sentencia de la Alzada.

* * *

El Señor Camarista Juez de Alzadas al fundar la sentencia de f. 193 sienta como uno de los motivos para revocar el auto de primera instancia el hallarse don Jaime Llavallol e hijos en posesión del terreno y cuartos que se litigan. Supone así que don José Ortiz Basualdo no posee al tiempo del pleito; que no posee actualmente, y que las acciones posesorias corresponden solo a don Jaime Llavallol.

Don José Ortiz Basualdo se hallaba en una justa posesión del terreno: es decir, la detentación de la cosa había comenzado sin violencia y sin ningún otro vicio cualesquiera; y era así una posesión jurídica en toda la propiedad de este término colectivo de todos los derechos posesorios, y podía defenderla contra cualquiera que no fuese el dueño de dichos terrenos, contra todos en general, con la sola excepción de don Antonio Mataró.

Muerto este individuo el mandato se acababa, si las cosas estaban íntegras; pero no, si había un negocio principiado, una obligación contraída por el mandatario. Supongamos que nada hubiera; la conclusión del mandato no desposeía a Basualdo de la posesión en que estaba, ni facultaba a cualesquiera para quitarle la posesión del terreno. Por razón de la cosa era apoderado en

Biblioteca del Giojа. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ella: tenía obligación de conservarla y entregarla solo a los herederos del mandante; y así como él no podía abandonarlo diciendo que el mandato había acabado, nadie tampoco podía venir a quitársela y alegarle que no tenía personería para detenerla. *Solvi mandatum sed obligationem, aliquando durare,* decía la ley Romana (Ley 26 Digesto de mandat.). El conocimiento de la muerte del mandante debía serle probado, como el título sucesorio del que se llama su heredero: como los actos judiciales que hubiesen dado la cosa al heredero que se presentaba. Hasta entonces el mandato continúa y lo que se hiciere en él entretanto vale, como si el mandato subsistiera, sea como una gestión de negocios, sea como una continuación por ley del mandato principal.

El poder del señor Basualdo continuaba a más por expresa disposición del que se decía su heredero. Don Bienvenido Mataró en la carta de foja 158 le habla del poder y órdenes que le había dado su padre para la venta de los terrenos, y le confirma el encargo diciéndole que no alteraría las órdenes que tenía de él; y por la de foja 160 aprueba la venta que había hecho a don Juan Bautista Peña. A más pues de la expresión de la voluntad del heredero presunto, la cosa no estaba íntegra, estaban vendidos los terrenos y el mandato no se había acabado, porque el mandato no se acaba sino cuando la cosa está íntegra, cuando no hay obligación constituída respecto de ella por el que ha sido procurador del dueño. Así pues el poder del señor Basualdo no ha concluído por la muerte de don Antonio Mataró. Estas son doctrinas elementales sobre que no debía haberse disputado.

Tenía pues don José Ortiz Basualdo la posesión del terreno, y aunque no fuera una posesión civil capaz de servir para la adquisición del dominio, era de hecho un poder sobre la cosa. Esta posesión, del género que fuese, le constituía un derecho por la íntima conexión entre el hecho de la posesión y la persona del poseedor. El respeto debido a la persona reflecta directamente sobre el hecho de la posesión, la cual debe encontrarse amparada de toda violencia, de toda injuria, pues que los actos que la violaran no podían dejar también de injuriar la persona del poseedor. Hay en la posesión de la persona de don José Ortiz Basualdo mucho cambiado por los hechos del señor Llavallol, y la injuria a su derecho y al hecho de la posesión no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento, o la protección de ese estado de hecho si se quiere al cual se ha atacado por medios fraudulentos y subrepticios con omisiones culpables de formas esenciales que allanarse se hubieran desvanecido las miras del que así obraba. Esta es la verdadera causa de todas las acciones posesorias, y no los derechos

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

de propiedad como parece entenderlo el procurador contrario.[14] Don José Ortiz Basualdo tenía por lo tanto como poseedor de los terrenos una acción *in factum* para mantenerse en la posesión de ellos; y esta acción hace a la posesión, al mero hecho, susceptible de producir efectos semejantes a los de un derecho en la cosa aunque en el fondo la posesión no lo fuera ni lo probara. Aunque la posesión en que estaba no fuera un derecho propio, un hecho jurídico o civil, la acción que ella produce le da la fisonomía de un derecho, le da el derecho de los interdictos posesorios, que don Jaime Llavallol, que el Señor Juez de Alzadas no negarán que le correspondía aunque no fuera suya la cosa, ni la poseyera con ánimo de dominio. Para las acciones posesorias no es preciso que la posesión se derive de la propiedad, o que la tenga por objeto porque los interdictos no han sido establecidos para proteger la posesión que conduce a la propiedad, la cual tiene bastante con la acción publiciana, sino que al contrario cubren, amparan a la posesión sin título, a toda posesión irregular. Aunque la posesión no sea una posesión civil, da siempre derechos relativos que no se ejercen contra todo el mundo por los derechos en la cosa, sino contra aquel que se ha amparado de ella, o que quiere ampararse por actos indebidos, o que no es de quien se tiene precisamente, o a nombre suyo o a quien se ha despojado con violencia. Decir pues que el señor Basualdo no tiene personería para defender la posesión en que estaba, sería autorizar a cualquiera del pueblo para despojar al poseedor actual desde que no tuviera la posesión civil, la que conduce a la prescripción. Las acciones posesorias pertenecen a las primeras prohibiciones contra el hecho de hacerse justicia a sí mismo, o adquirir derechos fuera de las formas de la ley. Para que no suceda la turbación en la posesión, para que ella no cause algún efecto civil y cortar todas las consecuencias de los hechos ilegales, es preciso mantener o restablecer la posesión que exista de hecho, o que por derecho ha continuado existiendo. Puedo entonces decir que para que la posesión de derechos posesorios, no es preciso que sea una posesión civil. El que da en prenda la cosa conserva la posesión civil en cuanto a la prescripción, mas en sus otras relaciones, el poseedor es el acreedor que la tiene sin ánimo de dominio. *Qui pignori dedit,* dice la ley Romana, *ad usucapionem tantum possidet, quod at reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet.*[15] Por consiguiente aunque el señor Basualdo no tenía la estricta posesión civil, aunque hubiera sido poseedor de mera posesión natural, tiene la personería y las acciones bastantes para

14 SAVIGNY, De poses.
15 L. 6, Dig. de Usurp. et usucap.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pedir lo que ha pedido, mucho más cuando no exije el restablecimiento absoluto de la posesión en que estaba, sino que no se le desposea durante el pleito sobre la propiedad de los terrenos; que no triunfen los hechos ilícitos.

El Señor Juez de Alzada sin embargo reconoce por único poseedor de los terrenos a don Jaime Llavallol porque éste dice que él solo los tiene a pesar de demostrar otra cosa los hechos que se han probado y a pesar que nadie ha desposeído a don José Ortiz Basualdo. Es un principio de derecho que *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt,* y de este principio se derivará naturalmente dos reglas. Primera, que siempre que continúe por derecho la posesión que se ha tenido, ninguna posesión nueva puede haber comenzado. Segunda, que cuando el derecho reconoce una nueva posesión es preciso por esto mismo que haya cesado la posesión precedente. Después del acto de 23. de Septiembre por el que dice don Jaime Llavallol que tomó posesión de los terrenos, don José Ortiz Basualdo continuó en la posesión que tenía. Ningún decreto judicial se le notificó y de hecho siguió cobrando los alquileres que enumera en la foja [...] Luego su posesión continuaba y no podía principiar la del señor Llavallol porque la posesión es exclusiva, y porque la posesión no puede adquirirse si la cosa no está vacía y libre de otra posesión. Y aunque los hechos fueran como Llavallol los presenta y no como efectivamente sucedieron, aunque Ortiz Basualdo no hubiera cobrado los alquileres que cobró, bastaba para la continuación de su posesión el ánimo en la posesión, si antes la había tenido como la tuvo, y si no contrariaba con ella decretos de jueces que se le hubieran notificado. Así como la adquisición de la posesión reposa sobre la existencia simultánea del poder físico sobre la cosa unido a la conciencia que se tiene de poseerla, así también la posesión no se pierde sino con la pérdida, con los hechos contrarios a estos dos elementos de la adquisición. *Ut igitur nulla possesio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum.*[16] Igualmente, como las obligaciones se extinguen de igual modo que se formaron, de manera que su conclusión se causa por los mismos actos que su nacimiento; así también la posesión originándose de un acto determinado de doble naturaleza corporal e intelectual, no puede perderse sino por otro acto contrario. Entretanto el expediente demuestra que don José Ortiz Basualdo estaba en tranquila posesión de los terrenos; que se le pidió por Llavallol la entrega

[16] L. 8, Dig. de possess.

de ellos; que se negó a dar la posesión que solicitaba; que nunca tuvo ánimo de desistirse de ella y que en efecto siguió cobrando los alquileres y poseyendo el terreno sin que se le hiciera saber el decreto en que se apoya Llavallol. Luego no estaba desposeído ni por auto judicial, ni por la posesión de Llavallol, ni podía ésta principiar.

Pero ¿no importa algo la providencia que se cita del Señor Juez Doctor Gaete? Si ella hubiera sido notificada ¿quedaba don Jaime Llavallol en posesión del terreno *ipso jure,* y podía tomar de hecho los alquileres que tomó después? ¿Quedaba desposeído don José Ortiz Basualdo y transferida la posesión a don Jaime Llavallol? El Señor Juez de Alzada, olvidando la falta de formas en la parte más principal de aquel auto, juzga equivocadamente que ese decreto dió a Llavallol todos los derechos posesorios. Yo demostraré lo contrario.

El heredero a quien se ha dado la posesión hereditaria o cualquiera otro a quien por un decreto se le acuerda la posesión de un bien raíz, si lo encuentra ocupado, no debe entrar de hecho a tomarla sino usar del interdicto *quorum bonorum.* El Juez mandando dar la posesión solo concede el derecho de perseguir o retener los bienes, pero no hace entrega de las cosas. Si ellas están en poder de otro, se piden por la acción posesoria que dió el decreto judicial respecto a aquellos bienes *quarum bonorum posesio data est etc.* Vinnio explica el motivo de la acción posesoria en muy pocas palabras: *¿Sed quid opus est hoc interdicto ad novam possesionem adispiscendam, si jam bonorum possesio alieni data est? Eo opus est quod bonorum illa possesio quam praetor tribuit, non corporis sed juris est: hoc est, praetor dando bonorum possesionem, tribuit tantum jus persequendi et retinendi patrimonium defunti: corporum autem possesionem aut detentationem non tribuit.*[17] Todos los días, Señor, vemos pedirse la posesión hereditaria en virtud de un testamento público como don Jaime Llavallol pidió la entrega de los terrenos por el instrumento de compra que presentaba pero si el heredero escrito halla todos o algunos de los bienes en poder de un tercero, no va por eso a apoderarse de hecho válido del auto de misión en posesión, sino que demanda la entrega a quien tenga la posesión material, porque esos bienes pueden hallarse en el caso de no deber ser entregados, o tener alguna excepción el poseedor con que defender su posesión. Así es que el derecho reconoce mil contradictores legítimos a la posesión mandada dar por decreto judicial. El señor Llavallol entretanto quiere y el Señor Juez de

[17] Lib. 4, tít. 15, ad. § 3º.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Alzadas lo supone que habiéndosele mandado dar la posesión de los terrenos sin juicio contradictorio con alguno, ya de hecho estaba en posesión de ellos y quedaba desposeído el poseedor actual aunque no se le hubiera citado ni oído, ni aún notificándole el decreto posesorio. El hecho por el cual se adquiere la posesión para que se juzgue que verdaderamente la transmite debe poner al nuevo poseedor en una posesión tal que él y solo él pueda disponer de la cosa a su voluntad, es decir, obrar respecto de toda ella como propietario. Pero don Jaime Llavallol se contentó con su presencia en el terreno sin que allí se hallara el poseedor actual, como si ese hecho constituyera el hecho propio por el cual se adquiere la posesión de un bien raíz. Tomó en verdad algunos alquileres que nadie le mandó dar, pero no pudo tomar otros, y quedó así equívoca la posesión que pensaba adquirir por las vías de hecho. Los terrenos quedaron poseídos por ambos, si se puede llamar posesión el hecho de ocupar la cosa que otro tiene arrebatándosela en su ausencia. En tal caso, para evitar el juicio de la posesión actual, el derecho ha dado una regla invariable adjudicando la posesión equívoca al poseedor precedente, sin que le sea necesario usar de alguno de los tres interdictos *vi, clam, o precario* para recuperar la posesión perdida de una parte de la cosa. *Hac saluberrima constitutione sancimus, quod si aliquis fuerit possesor, aliquo tempore prius illo qui nunc invenitur in possesione, licet non probetur quod vi vel clam vel precario possideat, ab adversario tamen in possesione recuperanda semper potior sit prior possesor.* El Señor Juez de Alzada no ha podido pues caracterizar de verdadero acto posesorio el decreto del Señor Juez Doctor Gaete que solo daba derechos a la posesión misma; no ha podido llamar poseedor del terreno al señor Llavallol cuando existía otra posesión que le oponía y ha agraviado mi derecho dando tácitamente mejor derecho a la posesión al señor Llavallol por actos que prescindiendo de sus mil vicios, eran todavía equívocos y no comprendían la absoluta disposición de toda la cosa.

Por otra parte, la posesión de Llavallol es en todo rigor de derecho una posesión clandestina de ningún efecto jurídico, por lo mismo que el poseedor precedente continuó en la posesión e ignoró que otro la tomaba de la misma cosa por un acto que no se le había hecho saber. Poseedor clandestino es aquel que entra en la posesión ignorando el que la tenía con el fin que no le mueva pleito al nacimiento de sus actos posesorios. Si ésta es la definición del derecho al señor Llavallol lo define y lo comprende exactamente. Cuando la posesión toma a su nacimiento el carácter de posesión clandestina, ella no lo pierde aunque después venga al

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

conocimiento del anterior poseedor porque el vicio del hecho, como el vicio del título no se repara sin destruir los efectos que haya causado. Don Jaime Llavallol ocultó al Juez a quien ocurrió que aquellos terrenos eran de un individuo que había muerto en país extranjero; que era una sucesión vacante, que se había vendido antes que los Jueces del territorio la definieran al que tuviera derecho a ella le ocultó que había un poseedor actual que los ocupaba: le ocultó que le había pedido la posesión y que se la negaba por estar ya obligados los terrenos en virtud de las órdenes del dueño de ellos; y ocultó por fin el decreto judicial y el acto posesorio al poseedor que tenía la cosa con el fin manifiesto que no le embarazara las acciones posesorias que ejercía. En el derecho Señor no había interdicto *clandestinae possesionis,* y ésto mismo demostrará que una posesión con este vicio es de peor condición que la que es fundada en la violencia, o fuerza privada, porque ésta al fin desposee de hecho al poseedor anterior. Los bienes raíces se poseen con el solo ánimo, desde que una vez se ha tenido la posesión material y el poseedor de ellos continúa en su posesión mientras ignore la nueva ocupación por otro. De aquí resulta que la clandestinidad respecto al poseedor precedente obsta a la misma posesión: es decir, la detentación de la cosa, no es entonces posesión, ni desposee al poseedor anterior, ni puede caracterizar de poseedor al que ha principiado la posesión clandestinamente. Contra esa detentación, contra esa posesión material basta la excepción *clandestinae possesionis,* si el clandestino poseedor quisiera servirse del interdicto *uti possidetis.* Diré también entonces que el Señor Juez de Alzada ni ha concedido al poseedor anterior aquellas excepciones que tenía por el derecho más positivo.

La sentencia apelada parecía determinar el interdicto *uti possidetis* pues que revoca la de primera instancia por la razón de hallarse don Jaime Llavallol en la posesión de los terrenos. Los términos de esa acción posesoria dicen por sí que correspondía a don José Ortiz Basualdo y que debía accederse a su solicitud. *Uti nunc possidetis, quod minus ita possideatis, ita possidetis.* Como ahora posees, con tal que así sigas poseyendo, así poseas. Pero don Jaime Llavallol extendió por sus actos ulteriores la posesión que dijo haber tomado el 23 de Setiembre y aunque su posesión no tuviera vicios para el ejercicio de tal acción posesoria, no podría usar del interdicto *uti possidetis* porque lleva la condición *quod minus ita posideatis,* con tal que sigas así poseyendo, condición a que él había faltado comparando la posesión que tenía el 23 de Septiembre con la que dice tener ahora. Por el contrario don José Ortiz Basualdo al pedir un tercer administrador de los terrenos deja

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

a salvo el *uti possidetis* de cada uno, o más bien da el verdadero efecto a las acciones posesorias que por una y otra parte se deducen. Vuelvo Señor sobre la clandestinidad de la posesión contraria.

La falta de notificación del auto de 23 de Septiembre le priva de todo efecto legal, bien se considere como una omisión de formas sustanciales, o bien porque la ejecución del decreto posesorio carecía del antecedente esencial para evitar la clandestinidad, cual era hacer conocer al poseedor actual la nueva posesión que se va a tomar. Cómo se hizo eso, poco importa ahora. Ya he hablado de ello en otra parte. Pero el hecho es innegable, y no se niega por Llavallol que ese derecho de posesión, que esa posesión, ya que para él es lo mismo posesión que derecho a poseer, que aquel auto le dió no se hizo saber al que poseía los terrenos. Luego fue una posesión clandestina, porque posesión clandestina es toda posesión que es ignorada del anterior poseedor de la cosa.

A considerar la importancia de dicha providencia por las formas en su ejecución, ella también debe ser de ningún efecto ni puede quitar derechos posesorios, ni la posesión que Basualdo tenía en el terreno. Autos de esa naturaleza llevan la condición, salvo los derechos de mejor poseedor, de manera que si otro tiene una posesión legal, se tiene por no dada la posesión que se hubiese ordenado. Este, dice Parladorio es el uso constante de todos los Tribunales. *Suffragatur et his generalis judiciorum consuetudo quae perpetua est apud omnia peraeque Tribunalia ut non aliter a judice possesio decernatur quam adjecta illa clausula salvo jure melioris possesoris quae quidem conditionem per se fert ut si alius jure possideat pro non data possesio habeatur.*[18] Ni puede decirse algo contra usos tan conformes a la sana razón, a la defensa propia, a todos los principios de equidad y de justicia. El derecho hace perpetua la acción posesoria de aquél a quien los jueces han quitado la posesión sin oírle ni citarle, o cuando la han dado a otro sin conocimiento del poseedor actual y ésto hasta al injusto poseedor porque el auto judicial lleva una condición permanente, un vicio en su origen que a darle algún efecto civil quedarían destruidas todas las formas esenciales de los juicios.

Don Jaime Llavallol conociendo sin duda el ningún derecho que producen los títulos posesorios en que se apoya, los busca en España, y desde allí dice que se le dió y tomó sin salir de aquí la posesión del Hueco de los Olivos. ¿Pero quién se la dió?

18 Lib. 2, Cap. 6, n. 5.

Biblioteca del Giojа. UBA
uso académico.

He probado que don Bienvenido Mataró, el que se dice hijo del propietario no poseía aún dichos terrenos.

El título hereditario no transfiere la posesión. Todas las causas pura y teóricamente jurídicas que fundan por otra parte o que impiden la adquisición de un derecho, no producen este efecto en la posesión y sólo la dan aquellas causas jurídicas que al mismo tiempo contienen o son seguidas de tradición.[19] Tal es la adquisición de una herencia. Todos los derechos en general que constituyen el patrimonio del difunto y que no son puramente personales, pasan inmediatamente al heredero por efecto de la adición de la herencia; mas otra cosa es de la posesión; porque la adición de la herencia no encierra en sí aprehensión alguna de las cosas individuales que corresponden a la sucesión. El derecho civil lo asentaba así como un principio. *Quun heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt: possesio tamen, nisi realiter comprehensa, ad nos non pertinent.*[20] Otra ley decía igualmente... nec heredis est antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit quod est hereditatis; non autem fuit possesio hereditatis.[21] Las leyes patrias han confirmado ese derecho y está todo el título 14 de la P. 6 para probar la necesidad que tiene el heredero instituido de pedir y tomar la posesión de la herencia para tenerse por poseedor de los bienes que le han dejado por testamento. Están principalmente las leyes de Indias citadas en mi anterior escrito para demostrar que el heredero en España de bienes situados en Buenos Aires tiene la obligación de presentarse aquí a pedir la posesión y entrega de ellos, y que sin ésto no es poseedor ni dueño de lo que existiera de la herencia en este pueblo. A un argumento tan concluyente ¿qué es lo que contesta el señor Llavallol? Nada, nada sino que a la ley expresa de cuyo imperio y resolución se trata y de que no puede evadirse, le opone un argumento personal a don Juan Bautista Peña. Dice ¿que cómo entonces mi parte ha pedido que Basualdo le entregue los terrenos? Habría pedido mal si así lo hubiera hecho y lo que él pidiera o dijera no podría quitar la fuerza del derecho establecido. Pero mi representado ha pedido que don José Ortiz Basualdo le escriture y entregue los terrenos previas las diligencias de la ley como lo encontrará en casi todos sus escritos. Así reconoció deberlo hacer cuando en el mismo contrato y en las cartas presentadas de Mataró se ve que Basualdo

19 SAVIGNY, De posses.
20 L. 23, Dig. de posses.
21 L. 1ª, § 15, Dig. 4, Si is qui test. lib.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

no otorgaría la escritura hasta que hiciera constar la muerte de don Antonio Mataró; que tuviera el poder de don Bienvenido y sus títulos hereditarios, para luego de diferida la herencia proceder al otorgamiento de la escritura de venta. Si hubiera pensado otra cosa, tiempo ha hubiera estado en posesión de los terrenos.

Aún suponiendo a Mataró poseedor del Hueco de los Olivos, él no podía dar la posesión del terreno por medios simbólicos, porque la cosa no estaba presente. Las leyes 6ª y siguientes tít. 30 P. 3. que hablan de esta manera de transferir la posesión exigen que la cosa esté presente. *Et estando la cosa delante,* son las palabras de la ley, porque de otra manera el símbolo lucharía con un imposible, entregar en España lo que está en Buenos Aires. Esta condición tan necesaria y racional se entiende también cuando los títulos de propiedad que se tienen se pasan al comprador. Toda tradición simbólica debe ser presente la cosa cuya posesión se quiere transferir, porque no puede entregarse lo que no se tiene ni se ve, ni puede estar a nuestro alcance en el momento de la tradición. Y aún respecto de esa entrega de los títulos yo he sentado con la autoridad de los primeros Jurisconsultos, que el título de que habla la ley no es el de la misma venta porque de éste pide un testimonio el comprador, y nadie se lo entrega, sino los títulos de propiedad que tenía el vendedor de los cuales desprendiéndose muestra que ya renuncia a toda acción respecto a la cosa. El derecho Romano ponía un ejemplo en el caso de una donación, diciendo, entregados los títulos de la compra de los esclavos se entiende hecha la tradición de dichos esclavos. *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligitur.* [22] Esto sólo debería manifestar al señor Llavallol que se equivocó cuando creía recibir los terrenos recibiendo la escritura de venta.

Resulta de todo lo expuesto que bien se consideren los actos pasados en España o lo sucedido en este pueblo, don José Ortiz Basualdo era el verdadero poseedor de los terrenos y no don Jaime Llavallol que tiene sólo una posesión equívoca clandestina y con otros vicios que la hacen de ningún efecto.

Si miramos el fondo de las cosas, la idea y los hechos que han dado origen a este pleito, el Superior Tribunal hallará que don Jaime Llavallol ha carecido de buena fe en todos sus

[22] L. 1ª, Cód. de DONAT.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

actos desde que pensó adquirir lo que sabía que estaba ya contratado con otro. Esos documentos que ha presentado de fecha de 15 meses antes que la compra que hizo son los mismos que se le mandaron para que hiciera la venta a don Juan Bautista Peña. O sino, ¿para qué objeto se sacaron 15 meses antes? ¿Cómo es que don Bienvenido Mataró decía en sus cartas que los iba a remitir, que los había remitido y vienen a hallarse ahora en poder de Llavallol? Comparando la fecha de la carta de foja 2 con la que tienen los documentos de foja [...] hay sólo la diferencia de algunos días, lo que prueba que estos testimonios se sacaron, no para don Jaime Llavallol en cuyo poder se hallan, sino para remitirse a don José Ortiz Basualdo como se remitieron en efecto por el Capitán Oslnich que llegó a Montevideo según dice la carta de Mataró de f. [...] Don Jaime Llavallol no presentará sin duda la carta en que se le hubiesen remitido por el apoderado del que hizo la compra del terreno a su nombre, o por el mismo Mataró. ¿Para qué mandar lo que ya estaba en su poder?

Sus actos para adquirir la posesión, la reticencia con que habló al señor Juez a quien se dirigió; la premura de sus pasos el 23 de setiembre día en que hizo tantas diligencias, y el tener en traslado el pleito que principiaba donde estaban los documentos de la compra que mi parte había hecho, desvirtúan el hecho de su posesión y la convierten en posesión de ningún efecto como posesión sin buena fe. No hay buena fe en la adquisición si se compra lo que se sabe que está vendido a otro. No hay buena fe en la adquisición si se compra a quien no puede vender o lo hace prescindiendo de las formas y trámites previos que el derecho haya impuesto. El debe saber que un acto nulo no transfiere el dominio porque la ley no da efectos civiles a lo que ella prohibe. Poseedor de mala fe es el que compra lo que no se puede vender, como no podían los terrenos ser vendidos por el que aún no era dueño de ellos. *Mala fide namque possesorem esse nullus ambigit qui aliquid contra legum interdicta mercatur.* Ley 7. Cód. de Agric. No hay buena fe en el que toma la posesión sin aviso, sin conocimiento del poseedor actual y sin llenar un trámite esencial en el acto judicial que ordenaba darla. Los hechos contra la disposición de las leyes, los actos contra el derecho de un tercero se llaman siempre de mala fe aunque haya conciencia en el que los efectúa; porque el error de derecho no cubre nunca ni excusa al que debió saberlo. Es preciso en fin para la buena fe que la ley exige en los hechos posesorios, examinar todas las posiciones que ocupa el

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

adquirente de la cosa. Es preciso considerarlo en todas relaciones con el cedente o vendedor, en sus relaciones con la cosa, la representación que tenía respecto de ella; en sus relaciones con el poseedor actual, y él debe salir puro en todas esas pruebas. Pero el señor Llavallol no podría sostener este examen respecto a la cosa de la cual era apoderado para vender y había recibido y guardado los instrumentos que el vendedor remitía al comprador; ni respecto al poseedor actual entonces de los terrenos, que le había negado la posesión que le pidió; ni respecto a don Juan Bautista Peña de quien sabía que había comprado los terrenos y había visto copia del contrato antes que pidiera la posesión que tomó; ni menos podía ante un Juez decir que don Bienvenido Mataró tenía capacidad legal para hacer esa venta antes que se presentara al Juez del territorio y se le diera la posesión de la herencia de su padre.

Si pues con sus actos ha dañado a don Juan Bautista Peña; si ha comprado sin buena fe, lo que estaba vendido a éste, mi parte tiene sin duda una acción in factum para revocar esos hechos y dejar las cosas en el estado que estaban. Pero Llavallol ha creído que la acción revocatoria de lo hecho en fraude de los acreedores, es sólo cuando el acreedor es de dinero. Así se induce de su escrito. Si hay una acción personal cualquiera que sea, o bien sobre dinero, o bien sobre el cumplimiento de cualquier contrato y un hecho del deudor de la obligación o de él y de un terreno priva del ejercicio de la acción que daba el contrato, el derecho crea una acción revocatoria para revocar el fraude que hubiera habido en daño suyo. A V. E. no puede descenderse a los elementos del derecho.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA
uso académico.

VI

CAUSA DE DOÑA BERNARDA FRÍAS DE GOROSTIAGA CON SU HIJO DON DOMINGO GOROSTIAGA

[SOBRE NULIDADES PROCESALES Y POSESIÓN]

Doña Bernarda Frías de Gorostiaga se había presentado al Juez de primera instancia pidiendo la posesión de una estancia suya que administraba su hijo don Domingo Gorostiaga que la llamaba de su exclusivo dominio. El título de propiedad era para ambos, dado por los síndicos del concurso de don Félix Frías por deuda a dicha señora, y a don Domingo Gorostiaga. La señora Frías decía aun que lo que su hermano don Félix aparecía deber a su hijo era dinero que ella por medio de él le había entregado; y que así toda la estancia era de su propiedad. Este establecimiento se había embargado en 1840, y el Gobierno lo había desembargado por solicitud de doña Bernarda Frías. Don Domingo Gorostiaga alegaba que había dado a su madre más que el importe del crédito por el cual se le dio la estancia en comunidad con él, y la señora Frías sólo recibía estas cantidades como una parte de los productos de la estancia. El Juez de primera instancia mandó ponerla en la posesión que pedía. Apeló Gorostiaga de este auto, y la Alzada ordenó que ambos tuvieran la posesión de la estancia. Esta sentencia fue apelada por uno y otro; y la Cámara después de oír los informes de los abogados, sin sentenciar aún el artículo que se había movido para que durante el pleito no se enajenara aquel establecimiento, anuló todo, reduciendo la causa al estado que tenía cuando la señora Frías había pedido la posesión. De esta sentencia suplicó ella, e hice ante la Cámara el informe siguiente.

* * *

La señora Frías ha pedido a Vuestra Excelencia se sirva suplir, enmendar y corregir la sentencia de vista que repone la causa al estado de foja 15. No pudiendo absolutamente compren-

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

der los motivos de una resolución tan extraña, divagaré sin duda por acertar en ellos, y ya supondré uno ya otro, molestando la atención de Vuestra Excelencia con discusiones de causales supuestos que tal vez ni se trajeron a consideración al acordarse la sentencia suplicada. En una posición tan difícil para el abogado, de alcanzar entre principios muy varios cual sea el que ha decidido el ánimo del Juez, no le queda otro medio, sino discutir todos los motivos posibles y demostrar que en el estado que la causa tenía, las leyes no permitían volverla al inferior sin haber juzgado sobre los autos apelados.

Antes de tratar de lo dispositivo de la sentencia hablaré de lo que en ella se ha omitido para que esta parte se sirva Vuestra Excelencia suplir el acto de vista.

La señora Frías había pedido desde el principio del pleito que no se enajenara cosa alguna de la estancia cuya posesión y propiedad se litigaba. Una solicitud tan importante se resolvió en primera instancia, se resolvió también por la Superior Alzada; se modificó luego en parte admitiendo fianzas; se reclamó la nueva providencia; el fiador desconoció la obligación; y en este estado Vuestra Excelencia mandó traer los autos a la vista a instancia de la parte contraria. Si se devuelven luego, sin una resolución sobre la materia, ¿en qué valor, en qué estado quedarán a este respecto las disposiciones del señor Juez de primera instancia y de la Superior Alzada? ¿Don Domingo Gorostiaga sería autorizado así por un procedimiento negativo a enajenar cuanto quiera de la estancia que se litiga? Aún devolviendo los autos al inferior ¿qué embarazo había para ordenar se cumpliera lo que la ley dispone en todo juicio reivindicatorio? El auto que se pedía era tan propio del Juez superior como del inferior; era de toda instancia; era menos que un artículo incidente; importaba solo, dar a la cosa litigada el carácter que la ley le da. Por otra parte, la no enajenación estaba ordenada por el señor Juez de primera instancia y por la Superior Alzada; el demandado nada oponía a ella, y a pesar de esto quedará venciendo en una materia tan capital, el que no ha podido oponer la menor excepción a un derecho tan claro; quedará venciendo tan solo por una omisión en la sentencia de vista; o quedarán ambas partes envueltas en artículos interminables sobre el estado de la causa y validez de los decretos de no enajenación de primera y segunda instancia que no se han revocado por Vuestra Excelencia.

En el caso del pleito, la Excelentísima Cámara no podía dejar de resolver sobre la materia. El juez de primera instancia y

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

la Superior Alzada habían ordenado que no se enajenara cosa alguna de la estancia; Vuestra Excelencia sin resolver sobre lo principal dispone un nuevo juicio; fija el estado de la causa y manda oír sumariamente sobre la posesión de la estancia ¿Por qué entonces no disponer el cumplimiento de lo que ya estaba ordenado sobre este punto, cuando reconoce así la existencia de un pleito sobre propiedad y posesión? ¿Por qué no hacer la prohibición que la ley ordena, cuando estando el señor Juez de Alzada dictando providencias para asegurar la cosa en pleito, Vuestra Excelencia le privó de toda ulterior resolución sobre la materia, llamando así los autos para tomar conocimiento y resolver sobre la queja que respecto a los decretos de la Alzada, había llevado a Vuestra Excelencia don Domingo Gorostiaga?

Decía, señor, que la parte de Gorostiaga nada había opuesto a la solicitud de la señora Frías sobre la no enajenación de las especies de la estancia. En esta instancia alega por primera vez que no es cierto con la generalidad que se afirma, que puesta la demanda se pueda pedir la no enajenación de la cosa cuyo dominio se pretende, porque entonces bastaría mover un pleito para privar al propietario de sus derechos. El principio, señor, es de leyes expresas y yo no conozco un solo caso de excepción, bastando sólo la citación al juicio. Yo los citaré con venia de Vuestra Excelencia.

La Ley 1ª, tít. 12. lib. 1º F. Real dice así: «ninguna cosa que sea metida en contienda de juicio, non puede ser vendida nin enagenada, nin traspuesta del lugar do es, fasta que sea librada por juicio o por avenencia». Con arreglo a la letra de esta disposición hizo su pedimento la señora Frías, para que no se enajenara cosa alguna de la estancia, ni se sacara de allí sin licencia del Juez de la causa.

La Ley de Partida, determinando los efectos de la sola citación al juicio, en el título de los emplazamientos ordena: «que enajenada non debe nin puede ser la cosa, sobre que es fecho el emplazamiento fasta que la contienda que han sobre ella sea librada por juicio» L. 14, tít. 7., P. 3.

«Mandamos, dice otra ley del mismo título, que todo ome después que fuese emplazado, si enajenare la cosa sobre que es fecho el emplazamiento, quel quisieren demandar diciendo y razonando los demandadores que non había derecho en ella o que era suya de ellos, que tal enajenación non vala''.[1] La ley habla

1 L. 13, íd.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de sólo el emplazamiento, de la citación al juicio y antes de la demanda según los trámites judiciales que en esa época se observaban, *que le quisieren demandar*. «Ex istis verbis videbatur, dice el señor Gregorio López, per solam citationem in actione reali, rem effici litigiosam, licet libellus petitionis non sit notificatus reo.»

El peligro que un poseedor enajene o trasmita la cosa objeto del pleito, que burle a los Jueces, al juicio y al que lo demanda, es mil veces más digno de consideración que el que se causaría por un temerario litigante que podía ser castigado en la sentencia definitiva.

La señora Frías pidió la no enajenación de la estancia entablando el juicio sucesorio, con dos instrumentos de un mérito ejecutivo. El decreto de desembargo del Excelentísimo Señor Gobernador y la escritura de transacción con los Síndicos del Doctor Frías. Ahora se dice que el primero está destruido completamente por la declaración mandada hacer por Su Excelencia; y que el segundo es el título de la parte contraria. La señora Frías, mil veces lo dirá, jamás ha llamado suya la estancia porque Su Excelencia se la mandó entregar. Ha dicho sí que está en posesión de ella, porque el Gobierno le dio la posesión, cosa muy fácil de entender; y que esta posesión no puede quitársele. Lo uno es el título de propiedad, el otro el hecho público de una posesión autorizada.

El título que llama suyo don Domingo Gorostiaga, es común con su señora madre. El apoderado de ella, disponiendo de todo a su antojo, hizo la escritura como quiso. Pero aunque ordenaba las cosas bajo el sólo cálculo de sus conveniencias, burlando y defraudando a su anciana madre, allí en ese título está descubierta su artería, y aparecen claros los derechos de la señora Frías. Pero sobre todo, la ley no exige ni demanda, ni prueba ejecutiva del dominio, para que se prive la enajenación de la cosa litigada.

Se dice también que el auto de no enajenar debe ser pronunciado por el Juez de primera instancia para que haya las tres instancias que da el derecho; pero el Juez inferior y la Alzada de provincia han ordenado ya la no enajenación de la estancia, y la parte de Gorostiaga ha tenido tres instancias. En una materia tal no hay instancia alguna; ni menos tres instancias; ni era posible que las hubiera después que las leyes que he citado hacen inenagenable la cosa litigiosa desde la citación al juicio. ¿A qué serían más instancias si según lo mandado en ellas, la cosa litigada no podría nunca ser enajenada? En los juicios sobre

acciones reales, la ley de partida no contenta con la prohibición de no enajenar que prescribe desde el emplazamiento, manda aún secuestrar la cosa litigiada desde que haya una sentencia contra el poseedor de ella.[2] La ley recopilada aún en los juicios ordinarios de posesión ordena que dos sentencias sean bastantes para quitar la posesión.[3] Para decir, pues, que Vuestra Excelencia no puede dar el decreto prohibitorio, se parte de dos antecedentes, el uno que está ejecutoriado el auto de vista, cuando en este momento se halla *sub judice;* y el otro sobre el falso principio que sobre la materia debe haber tres instancias. Pero aunque se partiera del auto de vista, yo diré que el Juez de apelación es Juez de toda la causa; que nada quedó de ella ante el inferior; que para mantener la integridad del juicio en las personas que litigan y en las cosas sobre que se tiene el pleito, puede tomar aquellas providencias que son de toda instancia; y como puede privar que el demandado no se ausente del lugar del juicio, puede ordenar también que la cosa no se enajene ni se trasponga, porque en ésto no hay instancia, es la calidad de litigiosa con que la ley selló cosa en pleito; y el derecho no admite recurso contra lo que ha dispuesto, como base de los juicios. A sentarse la doctrina contraria, don Domingo Gorostiaga podría hoy enajenar la estancia litigada, y toda cosa en pleito sería enajenable pasando los autos al Superior.

Puede creerse, pues, Señor, que solo ha habido una omisión involuntaria en el acuerdo respecto a la no enajenación de la cosa litigada. Pero el resultado indudable de ella será, que don Domingo Gorostiaga proceda a reducir a dinero aquel establecimiento, dinero que nadie le quitará después; que espere otra vez la solicitud en primera instancia, y que calcule, acaso con razón, los recursos que tendrá para eludir la prohibición del derecho en las tres instancias que debe otra vez correr el pleito. Y entretanto, durante este largo tiempo llenará sus miras, burlará la disposición de la ley y los decretos ya dados por sólo haberse omitido proveer en la materia por la sentencia de vista. Debe esperar, pues, la señora Frías que Vuestra Excelencia se sirva suplir en esta parte el auto suplicado, mandado que entretanto sigue el pleito no se enajene cosa alguna de la estancia.

La señora Frías ha pedido que Vuestra Excelencia no sólo se sirva suplir la sentencia de vista, sino también enmendarla y corregirla.

2 L. 1º, tít. 9, part. 3ª.
3 L. 1º, § tít. 4º, lib. 4º, Na. R.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

El auto suplicado vuelve la causa al Juez de primera instancia reponiéndola al estado que tenía a foja 15. ¿Y qué es entonces de la sentencia que ya pronunció el mismo juzgado? ¿Qué es de la sentencia que pronunció la Superior Alzada? ¿Queda ella sin ningún efecto no habiendo sido revocadas por Vuestra Excelencia? ¿O en la resolución del auto de vista va envuelta una nulidad de todo lo obrado desde foja 19 en adelante sin auto expreso de nulidad como las leyes lo ordenan, como las leyes lo hacen siempre que declaran que un acto no debe tener efectos civiles? Si no es éste el pensamiento del Superior Tribunal, entonces el espíritu y la letra del auto suplicado son contradictorios, pues no se comprende cómo, sin anularse las sentencias pronunciadas, pueda el Juez inferior, sentenciar de nuevo y sumariamente como Vuestra Excelencia lo ordena, lo que ya está sentenciado por el señor Juez de Alzada.

Las nulidades de los juicios son del más estricto derecho y siempre es preciso que ellas se deduzcan o como acción o como excepción particular. El Juez Superior no puede declararlas de oficio, porque los actos aún cuando sean nulos pueden convalecer por el consentimiento de las partes, como sucede en mil casos respecto a los derechos civiles. Todo hombre en favor del cual está abierto el derecho de atacar un acto, o una sentencia declarada nula por la ley en sólo su interés privado, valida el acto, valida la sentencia, por no deducir las nulidades en los términos que el derecho les prescribió. La nulidad respectiva no es sino una facultad concedida a una de las partes contra un acto judicial que puede causarle algún perjuicio; y como todo derecho facultativo puede dejarse de ejercer, validándose el acto por sólo la falta de ejercicio de una acción o de una excepción contra él. El Juez Superior sin instancia de parte sólo puede declarar aquellas nulidades absolutas que encierren las sentencias del inferior por determinar contra el orden público, contra las buenas costumbres; aquéllas que nacen de extender, o limitar los poderes, conque el legislador descendió, diré así, al gobierno de las familias; aquellas sentencias que desconozcan los deberes de los ciudadanos hacia el Estado, o aquéllas que contra la disposición de las leyes reglaren la condición civil de las personas.

Si la sentencia hubiera herido sólo el derecho de un particular, éste tendría el remedio de la apelación o el de la nulidad por haberse faltado a las formas substanciales de los procedimientos. Esta nulidad sería únicamente respectiva, daría una acción o una excepción; pero el Juez Superior no podría declararla de oficio. Es uno de los derechos que el Juez no puede

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

suplir por sí, porque la nulidad no es contra el *Juez litigatoris*, sino contra el orden de enjuiciamiento, y basta que la ley deje una acción o una excepción por el vicio de la sentencia en las formas antecedentes. También la sentencia puede ser apelable; pero si la parte no usa del remedio que da la ley, el Juez Superior no puede de oficio suplir el recurso cuando el interesado no se ha quejado de su denegación. La declaración de nulidad de una sentencia destruye todo un proceso, destruye la autoridad y el respeto debido a los Jueces, porque la ley manda que en tal caso el Juez que la pronunció sea condenado en costas.[4] Obliga a los litigantes a volver al mismo punto de partida después de un largo y trabajoso camino; duplica el pleito y es el elemento más fecundo de recusaciones de los Jueces que ya han sentenciado. Por ésto los D. D. del derecho aconsejan que aún cuando la nulidad respectiva se deduzca por acción, se trate junto con la apelación de la sentencia; se supla por el Juez Superior la solemnidad que falte, y que se falle en la causa, con vista de todo el proceso y según la Justicia que por él apareciere. Esta doctrina, fruto de una larga experiencia, de los efectos fatales de las nulidades de los juicios, es fundada en la ley recopilada que manda «que estando el pleito en apelación ante los Jueces Superiores (como estaba el pleito presente), si se hallare que faltan algunas cosas de las que son de sustancia y solemnidad en los juicios, por las que los Jueces a instancia de parte, acostumbran dar los juicios por nulos, seyendo sin embargo, hallada y probada la verdad por el proceso; en cualesquiera de las instancias, que se viere y se pueda dar sentencia cierta, que los Jueces que conociesen del pleito y los hubieran de librar los determinen y juzguen según la verdad que hallaren probada en tales pleitos».[5] Ley, señor, de verdad, ley de buena fe que hace prevalecer la realidad de las cosas sobre las meras formalidades, la ley que da a la magistratura la posición que debe tener y evita a los Jueces inferiores ese obstáculo insuperable de dar otras formas al juicio, y otras sentencias a las partes, que aquéllas que en su saber y en su conciencia han creído deberles dar, si les concedemos siquiera, que al hacerlo tuvieron un espíritu sano y una probidad común. Las formas esenciales a los juicios son únicamente aquéllas indispensables para llenar el fin para el cual el juicio ha sido instituído; aquéllas que no pueden suplirse ni por el Juez Superior, que no pueden reproducirse con una fuerza retroactiva

4 L. 10, tít. 17, lib. 4, R.
5 L. 10, tít. 17, lib. 4, R.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

a la sentencia. Pero cuando la forma que falta al Juicio, por ejemplo la prueba, o una audiencia menos plena, puede suplirse y se suple por un auto posterior en una instancia distinta, entonces se ha llenado el fin de la ley; el juicio ha quedado sin un vicio insanable, porque un tribunal ha llenado la omisión del otro que hacía imperfectos sus actos; pues el juicio es uno, aunque las instancias sean varias.

Suponía, Señor al hablar así, que hubiera faltado en primera o segunda instancia alguna de las solemnidades del juicio, y que se hubiera deducido una acción de nulidad como la ley lo exige; pero el juicio ha tenido todas las formas que el derecho prescribe; y de las sentencias que el parecer se anulan por el auto de Vuestra Excelencia no se ha entablado otro recurso que el ordinario de apelación que supone válida la sentencia.

La señora Frías se presentó por primera vez al señor Juez de primera instancia pidiendo la posesión de la estancia por el escrito de foja 12. Por un otrosí le hizo saber al Juez, que don Domingo Gorostiaga residía en el partido de la Guardia de Luján, y le pidió librara orden al señor Juez de Paz del lugar para que le hiciera saber compareciera en el término de ocho días, a ser notificado de los autos que se pronunciaren. Me animo a llamar la atención del Tribunal sobre este primer paso del pleito y sobre las primeras providencias que se dictaron, ya que ante Vuestra Excelencia se ha dicho que se procedía con cábalas, para que don Domingo Gorostiaga no supiera de lo que se trataba. Presentándose la solicitud de la señora Frías apoyada en instrumentos de aparejada ejecución o en instrumentos que el Juez creía que tenían ese mérito, mandó dar la posesión después de haber oído al Ministerio de Menores, y ordenó en el mismo decreto posesorio se librase la orden de citación para que el auto se notificara a don Domingo Gorostiaga. El expediente, Señor, está a la mano. Esa sentencia no se llevó a efecto, como se ve por los autos, porque don Domingo Gorostiaga no pudo ser notificado de ella hasta siete días después, como lo fue juntamente con el Ministerio de Menores según aparece a foja 16. En el mismo día se presentó por el escrito de foja 17 pidiendo vista de lo obrado, y el señor Juez en ese mismo día le citó a un juicio verbal, la cual providencia, también, se le notificó. Al día siguiente se presentó al Juzgado por el singular escrito de foja 19, diciendo que comparecería al Juicio si se suspendía la orden mandada librar, para que durante el pleito no se enajenara cosa alguna de la estancia, y que de otra manera apelaba del auto por el que se ponía a la señora Frías en posesión de la estancia y

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

también del decreto que llamaba a las partes a juicio verbal. ¡Apeló, Señor, del auto en que se le llamaba para oírle sus defensas!, y después dirá mil veces que no se le ha querido oír. Por un otrosí, recusó al Juez de la causa. Acompañados ambos jueces de lo civil no hicieron lugar al recurso, y mandaron pasar los autos en relación a la Superior Alzada, suspendiendo entretanto toda ejecución. Don Domingo Gorostiaga ocurrió a la Alzada por el escrito de foja 24 pidiendo se le entregaran los autos para expresar agravios por haberse concedido la apelación sólo en relación.

La Superior Alzada, vista la causa, confirmó la sentencia apelada, manteniendo en la posesión pro indiviso de la estancia a la señora Frías y al mismo don Domingo Gorostiaga. Notificado que le fue este auto, interpuso por el escrito de foja 31 el recurso de apelación para ante la Excelentísima Cámara; y el señor Juez de Alzada por el decreto de foja 51 lo concedió a ambas parte sólo en relación. Aquí es de notar, Señor, que don Domingo Gorostiaga al responder el traslado de la apelación que también interpuso la señora Frías, tomó ocasión de fundar largamente su derecho en un escrito de veinte hojas.

Esta es la historia del pleito hasta llegar al Superior Tribunal donde presentó todos los documentos que quiso, hasta la carta más insignificante, informando su letrado por dos horas consecutivas. Después presentando los documentos que había alegado en el informe, tomó ocasión de contestar en un largo escrito el informe del abogado de la señora Frías.

Preguntemos ahora, ¿hay alguna nulidad en lo obrado por los señores Jueces de primera instancia y de la Alzada de Provincia? ¿Esa nulidad si la hubiera se ha deducido por acción o se ha cubierto usando la parte del remedio ordinario de la apelación que supone válida la sentencia apelada? ¿Qué formalidad esencial faltó al Juicio? Don Domingo Gorostiaga lo ha llamado nulo porque se mandó dar la posesión sin oírle previamente porque no se le corrió un traslado ordinario; pero el juicio era ejecutivo, era sumario; los instrumentos que se presentaban traían aparejada ejecución sobre el dominio o posesión de la estancia, o el Juez creía que tenían ese mérito; y desde entonces debía mandarse dar la posesión, como por las leyes y la práctica diaria se manda librar la ejecución en los bienes y en las personas por el sólo pedimento del acreedor instruido con documentos públicos del crédito, *sin citación del ejecutado,* como lo ordena la ley 19, tít. 21, lib. 4, R.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

La parte de Gorostiaga que era quien únicamente podía quejarse de nulidades respectivas, no lo ha hecho, Señor, ni uniéndolos al recurso ordinario de apelación. Apeló simplemente para ante la Superior Alzada, apeló también así para ante Vuestra Excelencia, lo que importa en derecho, validar la sentencia. Ahora se dice que se alegó de nulidad de la sentencia en el informe del abogado de don Domingo Gorostiaga. Sí, Señor, alegaría de nulidad para dar mayor fuerza a la apelación de que se trataba; pero el recurso que entabló fué sólo el de la apelación. Ni los abogados informando en derecho pueden entablar recursos algunos, porque no son los procuradores de las partes. Ni el recurso de nulidad podía entablarse ante Vuestra Excelencia, sino que por la ley debía ser ante el mismo Juez que pronunció la sentencia. De otra manera los autos habrían venido al Superior, por un recurso, que habría que dejarlo ante Vuestra Excelencia y principiar el de nulidad. Ni aún era tiempo ya de quejarse de nulidades porque habían pasado con exceso los sesenta días de la ley.

No es posible pues que Vuestra Excelencia cuando no hay en primera ni segunda instancia nulidades absolutas, haya pronunciado el auto de vista por haber en el proceso alguna nulidad respectiva cualquiera que fuese, de la cual la parte interesada no ha entablado recurso de nulidad. Entretanto el efecto práctico del auto suplicado es que la causa vuelva a sentenciarse en primera y segunda instancia quedando como no dadas las sentencias no revocadas de que simplemente se apeló para ante Vuestra Excelencia.

Puede ser entonces, que el Superior Tribunal haya juzgado que debe volver el expediente al Juez inferior, para que lo sentencie en virtud de los nuevos documentos que se han presentado. Pero tampoco ésto es posible y sería lo más contrario a las leyes y a la práctica de los Tribunales. De otra manera tendríamos que toda vez que ante el Juez Superior se presentaran nuevos instrumentos, debiese ser también nuevamente sentenciada la causa por el Juez inferior. Entonces la sola presentación de instrumentos, sin juicio sobre ellos tendría el poder singular de anular las sentencias de los Jueces inferiores. Los pleitos así no acabarían jamás en la primera y segunda instancia. Las leyes, Señor, permiten presentar documentos en la segunda y tercera instancia, permiten aún la prueba de testigos, y sin embargo, la causa se resuelve por el mismo Tribunal que está conociendo de ella.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

La práctica, Señor, de los juicios, aún en casos más complicados llega al extremo contrario de donde estoy suponiendo que hubiera partido la Excelentísima Cámara.

En el juicio ejecutivo, absuelto el ejecutado por no haber mérito para sentenciar la causa de remate, se apela de la sentencia, y se presentan en segunda instancia documentos de aparejada ejecución. ¿Qué deberá ordenar el Juez Superior? ¿Volvería la causa al inferior, para que la sentenciara de nuevo? De ninguna manera; ordenaría el pago de la deuda como lo enseñan los prácticos.

Todos los días, Señor, el Superior Tribunal, ve presentarse en vista o revista instrumentos de todo género, y sin embargo no devuelve la causa al inferior, sino que las sentencia por el mérito actual que tengan. Sin duda que yo estoy combatiendo una sombra y que no es éste el motivo que ha fundado la sentencia de Vuestra Excelencia como lo reconoce la parte de Gorostiaga, en su último escrito.

¿Pero será acaso porque juzgando sobre la posesión, el Tribunal prejuzgaría sobre la propiedad? ¿Y cómo se ordena entonces en la sentencia de vista que el Juez de primera instancia resuelva sumariamente sobre la posesión? Mañana vendrá la sentencia posesoria a ser juzgada por Vuestra Excelencia y habría que fallar sobre la posesión sin temor de prejuzgar sobre la propiedad; pero hablaré más directamente sobre este punto, y siendo él una materia difícil en Jurisprudencia necesito apoyar en esta parte algunos de mis pensamientos con los textos del derecho para lo cual pido a Vuestra Excelencia especial venia.

Cuando ante los Tribunales Ordinarios se presentan instrumentos de aparejada ejecución, sobre una deuda, el Juez la ordena en la persona y bienes del deudor. Aún ejecutado el auto de solvendo y pregonados los bienes embargados, el Juez sin embargo, no prejuzga sobre el crédito; y aunque prejuzgara sería con una calidad provisoria que ninguna influencia tiene en la decisión definitiva.

Dada la posesión hereditaria en virtud de un testamento público, ella en manera alguna prejuzga sobre la petición de herencia, y la ley abre el juicio ordinario para declarar en él cuál sea el legítimo sucesor de los bienes del difunto. La posesión se había dado en ese caso como en el nuestro, por sólo el mérito civil de las formas probantes. Si aparece, pues, un derecho probado al pago de un crédito, a la ejecución de un hecho, a la posesión de una cosa, el Juez debe hacerlo ejecutivo, aunque

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

se diga que provisoriamente prejuzga sobre el mérito intrínseco de la causa. De otra manera no habría juicios ejecutivos, ni juicios sumarios.

Cuando se trata de la posesión, ni aún ésto puede decirse, porque la ley la considera independiente de la propiedad. Sólo hay dos casos de íntima conexión de la una con la otra y en los que la propiedad se adquiere por la posesión. Primero, en la ocupación de una cosa que no tiene dueño, y Segundo en la tradición por el mismo propietario. En estos dos casos, a la verdad, la posesión es el medio esencial y concluyente de la propiedad. *Per possesionem dominium quaerere.* Mas la posesión por sí misma y por su duración, no es el elemento generador de la adquisición del derecho, porque ella no ha preexistido al dominio y sólo comienza en el momento de la adquisición de la propiedad. Por consiguiente no puede haber cuestión de ningún derecho que competa al poseedor en su cualidad de poseedor porque en ambos casos, la adquisición de la posesión y la adquisición de la propiedad, están ligadas íntimamente, no puede separarse el poseedor del propietario, han nacido en el mismo instante y sus actos toman en el derecho un solo nombre, *modus adquirendi.* En el caso de este pleito, no se trata de la posesión como un medio de adquirir la propiedad, como sucedió en el pleito de los señores Llavallol; no se trate como la ocupación de una cosa que no tiene dueño, o como la tradición que hubiese hecho el propietario; sino como un derecho o como un hecho absolutamente independiente del dominio aunque en él hubiera tomado su origen. Así pues, exceptuando los dos casos en que la posesión supone cumplido el *modus adquirendi*, en todos los otros nada tiene que ver con la propiedad, ni juzgándose sobre ella se juzgaría sobre el dominio. La ley dice que *propiedad y posesión son dos palabras que hay entre ellas muy grave departimiento.*[6] Otra ley dice, *que propiedad es el señorío de la cosa y posesión la tenencia de ella.*[7] Luego el juicio sobre posesión es absolutamente independiente del juicio sobre el dominio de la cosa.

Había necesidad de separar en los juicios estos dos caracteres tan distintos de poseedor y señor, porque muchas veces, como decía la ley Romana, puede suceder que uno u otro litigante sea el poseedor y que ninguno de ellos sea el propietario; o puede suceder que uno u otro sea el dueño, pero no el poseedor legal; o también que la posesión y dominio se encuentren en una

6 L. 27, tít. 2, part. 3.
7 L. 10, tít. 33, part. 7.

misma persona.[8] En cualquiera de estos casos, por consiguiente, el juicio posesorio ninguna referencia tiene al juicio de propiedad, ni lo que en él se resuelva puede perjudicar al señorío de la cosa.

En toda instancia, por otra parte, sobre la propiedad es preciso ante todo fijar la posesión, para que ella no esté vacante o para evitar los desórdenes que podrían resultar de su incertidumbre.

Las leyes también aconsejan que primero se trate de la posesión que de la propiedad, "*Et porque es más grave de probar* dice la ley de Partida[9] el señorío de la cosa que la tenencia, dijeron los sabios antiguos, que mas cuerdamente face el demandador su demanda en demandar en juicio la tenencia si la pudiera probar que la propiedad». Luego la señora Frías usaba de su derecho cuando por ahora movía sólo un pleito posesorio. Luego si el juicio era por una acción que el derecho reconoce, y si las leyes permiten y aconsejan el pleito posesorio antes de la reivindicación, el Tribunal no podía excusarme de resolver sobre la posesión por no prejuzgar sobre la propiedad, cuando la posesión de que se trata no es un medio de adquirir la propiedad.

A más, la posesión en sí misma, según su idea primitiva no es el derivado de otro derecho. Es un simple hecho del cual al contrario algunas consecuencias de derecho toman su origen. La posesión es así a la vez un hecho y un derecho, hecho por su esencia y derecho por sus efectos. En cuanto a ella la ley determina el modo de adquirirla y de perderla, como lo hace en cuanto a la propiedad: trata a la posesión no como una consecuencia de la propiedad, sino como una condición para derechos particulares. Los interdictos no se fundan sino en la posesión. El mismo nombre *interdictos posesorios* demuestra que la posesión es en su acepción jurídica la única condición de las acciones posesorias, y no los derechos de propiedad. El que ha tomado una cosa por la violencia, precaria o clandestinamente tiene derecho a los interdictos, aunque sea poseedor de mala fe, con tal que estos vicios de la posesión no se refieran a la parte contra quien litiga. *Si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem etiam si alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret* (Instituta de interdictis § 4º). Esto demuestra muy claramente que la posesión, que el juicio posesorio, que la sentencia que en él se pro-

8 L. 1º, Dig. Uti possidetis.
9 L. 27, tít. 2, part. 3ª.

Biblioteca del Giojа. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

nancia no prejuzga sobre los derechos de propiedad, pues que el poseedor aunque reconocidamente no sea dueño de la cosa puede triunfar en su acción posesoria.

O puede haberse mirado por Vuestra Excelencia la posesión que pedía la señora Frías como una propiedad provisoria que no convendría anticipar. Pero el Superior Tribunal, entonces por no dar una propiedad provisoria, da a la otra parte una propiedad permanente, cuando el título de la estancia es común a ambos. En ningún caso la posesión es una propiedad provisoria, pues entonces los interdictos, las acciones meramente posesorias serían también reivindicaciones provisorias para iniciar el pleito de propiedad. Las vías provisorias de derecho son aquellas que no cortan el pleito sino provisoriamente subsistiendo la posibilidad de un examen perentorio y de una nueva decisión *de la misma cuestión de derecho*. Pero en el juicio de reivindicación no se resuelve *la misma cuestión de derecho* que en el juicio posesorio. La posesión, Señor, ni es una propiedad en germen, si puedo explicarme así, ni está protegida por los interdictos, por ser un rudimento de la propiedad, ni porque haya la posibilidad de arribar por la posesión a la prescripción, pues que para ésta a más de la posesión se necesita título y buena fe. Si pues los interdictos se dan al poseedor sin título, sin buena fe; si no son establecidos para proteger la posesión civil, la que conduce a la prescripción, la posesión, objeto y origen único de ellos, no sería para la señora Frías, una propiedad provisoria, ni una propiedad naciente.

O puede ser que la Excelentísima Cámara haya juzgado que no convendría que la señora Frías principiara el pleito de propiedad con las ventajas que da la posesión, 1ª la percepción de los frutos; 2ª eximir de toda prueba al poseedor; 3ª de cargar la prueba al demandante de la propiedad, y 4ª triunfar en el juicio petitorio en caso de duda y cuando ninguna de las partes, hubiera probado la propiedad. ¿Y por qué se darían esas ventajas a don Domingo Gorostiaga que tiene el mismo título de posesión y propiedad que su señora madre? Esas prerrogativas no nacen, Señor, de la posesión, ni es posible dar a ésta un tal sentido jurídico, ni jamás ley alguna ha concedido a la posesión semejantes favores, ni la señora Frías los tendría, confirmándose los autos de primera o segunda instancia. Estos derechos corresponden tanto a la simple detentación como a la posesión legal, porque el demandante está en la obligación de probar su derecho en cualquier pleito que sea. Son las prerrogativas naturales del demandado aplicadas al caso de la posesión o

Biblioteca del Colegio de Abogados del Gioja. UBA
Uso académico.

reivindicación, que no probando el actor, el reo debe ser absuelto. *Ca si non lo probare* (dice la ley de partida hablando del demandante) *deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fue probada contra él.*[10] La ley que habla de los beneficios de la posesión no le señala otros que los generales al demandado; *seguir en la tenencia no probándose la propiedad maguer non muestre ningún derecho que han para tenerla*[11]. Luego las leyes no han dado tales beneficios a la posesión, sino al demandado cualquiera que sea la naturaleza del pleito. Lo demás que regularmente se dice, *melior est conditio possidentis*, es el axioma vulgar, *actore non probante, reus absolvitur* aplicado como dije a los juicios posesorios.

La percepción de los frutos no es un derecho de la posesión, pues el poseedor de mala fe no hace suyos los frutos, y sin embargo, tiene los interdictos posesorios. Los frutos cuando son industriales se dan pro *cultura et cura*[12] y cuando son naturales por el derecho de *accesión*[13]. La percepción de ellos sería solo la accesión a la propiedad publiciana. ¿Y cómo es posible que en el Superior Tribunal hubiera una mira tan mezquina de privar a la señora Frías de los frutos de la estancia, para su subsistencia durante el juicio de propiedad? Ni haré, Señor, esta injuria al hijo de ella, que sin duda aunque así obre, no alegará tal razón ante los Tribunales de Justicia. De todas maneras, la señora Frías tendría una parte en la estancia, tendría un capital en ella, que don Domingo Gorostiaga se lo reconoce, y él sería la suficiente garantía para responder de cuanto sacara para mantener su familia. Sobre todo, este punto se ha reglado con toda penetración y sabiduría en la sentencia de la Alzada mandando que las enajenaciones que se hagan sean de consentimiento de ambos, o con licencia del Juez ordinario, lo cual es suficiente para no temer que la señora Frías disponga a su arbitrio de la cosa litigada.

Tampoco es cierto que la posesión lleve, en duda, una presunción de la propiedad y que se eximiría así a la señora Frías de las pruebas del dominio. Ninguna ley ha creado una presunción tan extraña, pues vemos triunfar en los juicios posesorios al que reconocidamente no es dueño. El motivo de no exigir pruebas al poseedor, no es porque él tenga una propiedad pre-

10 L. 1ª, tít. 14, part. 3ª.
11 L. 28, tít. 2, part. 3ª.
12 Inst., lib. 2, § 35.
13 Inst., lib. 2, § 26.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

sunta, sino por el deber del Juez en toda clase de pleitos de no socorrer con la acción del poder judiciario, sino al que justifica la existencia de un derecho, caso fuera del cual debe quedar indiferente, bastándole decir en su sentencia que el actor no ha probado su derecho. Así, en las acciones personales, el demandante debe probar el crédito y la razón no es porque haya una presunción de la liberación de la deuda, sino porque no hay derecho probado por el actor que el Juez pueda declararle.

Luego no tengo sino que probar que por ampararse a la señora Frías en la posesión de la estancia, la Excelentísima Cámara, no por eso distribuiría en el juicio de propiedad el rol de demandante y demandado. Precisamente sería el único medio de que ambas partes, si tienen la desgracia de no concluir este pleito, entrasen al juicio de propiedad con condiciones iguales, sin darse al uno o al otro el ventajoso rol de demandado. El interdicto es doble; tanto el uno como el otro hace de actor y reo. *Par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unus quisque tam rei quam actoris partes sustinet.* En los interdictos meramente simples, como los restitutorios, exhibitorios, sucede efectivamente que uno sea el demandado y otro el demandante, y que el primero goce de las prerrogativas anexas a su condición en el juicio; pero en los interdictos dobles, como es la acción posesoria de la señora Frías, ambas partes son actores y reos. Ella y su hijo gozarán en la instancia de los mismos derechos y no se encontrarían opuestos el uno al otro por funciones determinadas, y más, Señor, si se consideran los prudentes términos de la sentencia de la Alzada. Por el auto de segunda instancia ambos se declaran poseedores y son amparados en la posesión *proindiviso* de la cosa litigada. No hay desde entonces demandante y demandado; ambos tienen iguales condiciones en la instancia y cesan los favores y prerrogativas que pudiera gozar el uno sobre el otro.

He discutido, Señor, los motivos supuestos que pudiera haber tenido la Excelentísima Cámara para no sentenciar el pleito y devolverlo al Juez inferior. Si he marchado, dudando en las causas, que han decidido a Vuestra Excelencia a pronunciar el auto suplicado, hay otras muy positivas y atendibles para que el pleito posesorio debiera terminarse ya por sentencia del Tribunal Superior. Todo lo obrado en las tres instancias, los largos escritos de ambos abogados, los documentos presentados por una y otra parte; los informes que ha oído Vuestra Excelencia sobre la propiedad y posesión de la estancia ¿no son bastantes, Señor, a dar siquiera, un conocimiento sumario del negocio? ¿Es posible que ni a ésto hayamos alcanzado después de tanto trabajo para demostrar cada uno el derecho de su cliente? ¿Quién no se sorprenderá al llegar a la última foja del voluminoso expediente y hallar en ella que Vuestra Excelencia manda todavía que vuelva la causa al inferior para que oyendo sumariamente sobre la posesión resuelva conforme a derecho? Si mis escritos y mis palabras no han alcanzado a dar siquiera un conocimiento ligero de los derechos posesorios de la persona a quien defiendo, están a lo menos los actos posesorios probados, con documentos auténticos como el acto de desembargo y la orden del Juez de Paz poniendo administrador a la estancia de *don Pastor* y *don Domingo Gorostiaga;* están los hechos públicos judiciales y extrajudiciales alegados y no contradichos por la parte contraria. Están las presunciones de derecho que pudieran por sí solas, resolver este pleito en cuanto a la posesión, pues que las leyes ordenan que se juzgue, poseedor actual al que alguna vez hubiera poseído la cosa desde que no se pruebe que perdió legalmente la posesión. *Mas si aquel que probó,* dice la ley de Partida, que *fué tenedor en algún tiempo de la cosa sobre que es la contienda dice aun et otorga que hoy en día es tenedor de ella, sin falla debemos sospechar que lo sea fasta que el otro quel refierta la tenencia prueba el contrario*[14] Otra ley declara lo mismo *después que ha ome ganado la tenencia de alguna cosa siempre se entiende que es tenedor de ella quien la tenga corporalmente quier non fasta que le desampare con voluntad de la no haber*[15] Si todo esto, digo, no es bastante, la señora Frías, no puede decir más en el juicio sumario a que Vuestra Excelencia la refiere. Luego la causa debe fallarse aquí donde ella está acabada por parte del actor. El demandado tampoco ha pedido a Vuestra Excelencia las nuevas instancias a que el auto de vista condena, diré así, a ambas partes. Su hábil abogado ha defendido sus derechos por escrito y de palabra tan extensamente como ha querido; ha presentado todos los documentos que ha creído convenientes, y ha llegado hasta pedir a Vuestra Excelencia informando en estrados que el Superior Tribunal resuelva no sólo la posesión sino la propiedad de la estancia que se litiga. No ha ofrecido probar otros hechos, ni presentar otros documentos; y habrá sobre todo la suficiente jurisdicción en Vuestra Excelencia para dar un auto ordinario de prueba, o para señalar un breve término para mejor proveer,

14 L. 10, tít. 14, part. 3.
15 L. 12, tít. 30, part. 3.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

o por vía de justificación para probar los hechos que Vuestra Excelencia quisiera ver mejor demostrados.

Hay a más otras poderosas causas para que ante Vuestra Excelencia se concluya el juicio posesorio.

Existen, Señor, los graves motivos que en otro tiempo crearon los casos de corte, y ya que el pleito había corrido sus instancias ordinarias y llegado ante Vuestra Excelencia, había derecho a esperar que el Tribunal lo fallara definitivamente, creando así el primer antecedente para un avenimiento entre las partes. Era el pleito de una anciana viuda, madre de nueve hijos; era un escándalo no común, el pleito de un hijo contra su madre, la cual defendía no los bienes suyos, sino el pan de su familia. Esta antigua cuestión entre hermanos, entre madre e hijo, se veía llegar a su término cuando Vuestra Excelencia llamó la causa para juzgarla. Aquí acababan las pasiones, y la Excelentísima Cámara iba a fallar este notable proceso. Las conveniencias todas sociales y de familia exigían su término. Pero las esperanzas de madre e hijo se han engañado, y de este lugar destinado para imponer la paz en las familias, de este mismo lugar debe nacer nueva discordia, y deben ellos volver a principiar este odioso pleito conociendo ya cada uno las armas del otro; armados además con todos los medios que dan las sentencias pronunciadas. Este grave mal que aleja la paz entre personas tales y las llama a nuevo pleito, ya con antecedentes muy odiosos, será sin duda otra poderosa causa para que V. E. se sirva enmendar la sentencia de vista y fallar sobre los autos apelados.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

VII

CAUSA DE DOÑA MÁXIMA Z... CON SU MARIDO DON JULIÁN V...

[DIVORCIO POR INJURIAS. 1846]

Mr. V..., de edad de 50 años, natural de Francia y comerciante de bastante fortuna en Buenos Aires, se había casado el último de noviembre de 1846 con doña Máxima Z... y L..., de edad de 23 años, y fueron a habitar en una quinta de Barracas. Mr. V... había pasado allí toda la semana, y el sábado 6 de Diciembre vino al pueblo para atender a sus negocios. En esa mañana misma escribió a su mujer desde Buenos Aires una carta echándola de su casa, y diciéndole que sabía todos sus crímenes y los que premeditaba para lo sucesivo. Escribió después otras dos cartas a don Felipe Senillosa en cuya casa había estado doña Máxima hablándole también de los crímenes de su mujer, y de su resolución de no unirse a ella. A los tres días se presentó al señor Provisor, pidiendo su divorcio, y en presencia de su esposa relató la vida disoluta que ella había llevado antes de su matrimonio refiriéndose a ella misma, y asegurando que no la había en efecto hallado virgen. Yo defendí entonces verbalmente a doña Máxima y acabada aquella audiencia puso esta demanda de divorcio contra su marido por las calumnias con que la había injuriado ante el Juez eclesiástico, y solicitando su retractación y las penas de la ley. Mr. V... contestó la demanda relatando prolijamente en un largo escrito la prostitución de su mujer, el amancebamiento en que ocultamente había vivido con un cuñado y tío que era al mismo tiempo curador, y los hijos que había tenido refiriéndose como en el juicio verbal a la misma doña Máxima que se lo había confesado la segunda noche de su matrimonio. Yo contesté el escrito de V... por el pedimento siguiente hablando el procurador de doña Máxima.

* * *

Librado Mr. V... a otra dirección que la suya podía creer-

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

se que sus pasiones acallaran, y que no le guiaran las dolosas miras que han motivado este pleito. Mas por desgracia el escrito que voy a contestar, no es sino un paso avanzado en el reprobado camino que él ha tomado. Después de cuanto ha dicho parecía que al contestar la demanda debía estar agotada la hiel de su corazón, y era de esperarse, que se entregara únicamente al examen legal de sus derechos o excepciones. Sin embargo, otra vez y en el acto más solemne del juicio, se le ve cebado en el deshonor de su mujer legítima, y el descrédito de esa desgraciada joven, es el problema único que trata de resolver. Pero pues que se aceptan las responsabilidades de los actos judiciales yo las deduciré ante Vuestra Señoría y si probare que ese largo escrito no es más que un tejido de calumnias, dictado con el pleno conocimiento de ser inútiles a su derecho; si de las acriminaciones que en él se hacen, no se deducen acciones que deba juzgar el Señor Juez de la causa ante quien se profieren, ni ningún otro; si todo ello no forma un antecedente, que le cree una excepción; si se conoce y se confiesa que los hechos que se relatan, no importan la contestación a la demanda, ni que dan acción de divorcio, o una excusación legítima a la conducta que con su mujer ha guardado; si en él se ha traspasado el límite que las leyes, la religión, las obligaciones todas de los hombres hacia sus semejantes imponen a las inquisiciones judiciales; si se ha desviado de los más sagrados deberes que la Iglesia le hizo conocer cuando bendijo su matrimonio, y se presenta ante el Señor Juez Eclesiástico olvidando que enjuicia y acusa a su mujer legítima, con quien está unido con un indisoluble vínculo, y la deshonra por escrito, escogiendo las palabras que no se usarían con una mujer pública. Si todo ésto se hace sin la necesidad de la propia defensa, sabiéndose que no hay derecho para hacerlo, y que con ello no defiende la conducta que ha tenido hollando así las primeras leyes de la sociedad y de los juicios, y hasta insultando los respetos debidos al Señor Provisor con torpes e insolentes relaciones; si éste fuere el carácter del escrito de que se me ha corrido traslado, Su Señoría debe proveer respecto a él considerándole como un libelo infamatorio, mandarle desglosar del expediente, y que sea quemado por el ejecutor de la justicia, imponiendo a Mr. V... las penas que la ley 3, tít. 9. P. 7 y del auto acordado de 11 de Abril de 1766.

Yo voy, Señor, a tomar el único camino que me permiten las leyes, y me prometo demostrar, que el Señor Provisor debe desatender cuanto se dice, y sentenciar la causa definitivamente

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

sin auto previo de prueba, y con solo la dúplica de la parte contraria. Aunque los hechos que se refieren, en nada puedan modificar el derecho de mi parte, yo volveré sobre ellos con el solo fin de demostrar la falsedad en su aserto, y que el marido de doña Máxima al crearlos, y deducirlos, ha sido movido por una pasión criminal que lo dominaba desde antes de su matrimonio.

La carta de foja 1ª hace ver que Mr. V... arrojó a su mujer de su casa, tratándola con las palabras más deshonrantes. Repitió ésto a los dos días por la carta de foja 2. Siguió luego, Señor Provisor, una difamación tal que cada persona del pueblo decía haber oído la relación de los hechos de la boca del marido de la señcra Z... Al mismo tiempo que parecía reconocer que la conducta de su mujer le cubría de vergüenza, él, sin respeto a su estado, la publica en todas las calles. El buen sentido, sus conveniencias mismas le obligaban a silenciar aquéllos: pero le guiaba un motivo criminal que era preciso encubrirle con la difamación de su mujer. ¿Cómo explicar de otra manera esa falta absoluta de prudencia al hablar de hechos que por primera vez se oían de la persona a quien los culpaba? Si él hubiera tenido sangre en su rostro; si hubiera tenido los sentimientos que solo debía crear el engaño que decía haber sufrido, ¿no era el más interesado en no publicar lo que él llama su propia ignorancia? Sus palabras pues, son mentidas expresiones, para ocultar su propósito calumnioso, que le justificará al menos ante el vulgo de la expulsión que había hecho de su mujer, después de haber por ocho días habitado con ella.

El se anticipó a doña Máxima, y pidió la audiencia verbal que se tuvo ante Vuestra Señoría. ¿Cuál fue su objeto, cuáles fueron sus palabras, cuál la acción que dedujo ante el Señor Provisor? Difamarla únicamente en juicio; prevenir el ánimo de Vuestra Señoría contra cualquiera demanda que ella hiciera por la expulsión de la casa. Interpelado por Vuestra Señoría a poner su demanda, él dijo que no lo haría, y no lo ha hecho en efecto; pero entretanto afirmaba los hechos a los cuales sus cartas se referían. Confesaba que la había echado de su casa y se mantenía firme en la resolución de no unirse a ella.

Entonces recién su mujer, que le había dejado campo libre a sus acciones, se vió en la necesidad de demandarle.

El motivo principal que ha alegado para defender sus procedimientos, se refería a una época anterior al matrimonio. La expulsión de su mujer y las cartas que le escribió fue a los

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ocho días de haberse casado, y de vivir con ella tratándola como a su mujer legítima.

Bajo de estos antecedentes entraré en la causa.

El que ha procedido de esa manera ¿tiene acción para acusar a su mujer? ¿El derecho presume o no calumniosas las palabras con que la ha deshonrado? ¿Los hechos que le imputa deben averiguarse en juicio, o son de tal género que sin su examen deba sentenciarse la acción de divorcio que doña Máxima ha puesto, y reparársele su honor en los términos que lo he pedido?

Los vínculos que la naturaleza, la religión, y los grandes servicios crean entre los hombres, están al amparo de las leyes, y no es permitido romperlos sino en casos muy especiales. Un hijo que injuriase públicamente a su padre o le acusara de un grave delito; el liberto que infamara por cualquiera causa al que le ha dado libertad, en vano ofrecería una pronta y completa prueba de los hechos con que los deshonraban. Por sí la injuria, la acusación, la difamación entre tales personas es un delito, que la ley manda castigar, sin permitir averiguar la verdad de las inculpaciones que se hacen. Entre las personas que no pueden acusarse, están muy determinadamente designados el marido y la mujer, porque de otra manera no habría moral ni tranquilidad en las familias. De solo un delito puede el marido acusar a su mujer, cual es el de adulterio. *Marido e mujer son una compañía,* dice la ley, *que ayuntó Dios nuestro Señor entre quien debe ser siempre verdadero amor e gran avenencia..., e demandas no se deben mover de que les naciere denuesto o mala fama o por que oviessen de recibir pena de justicia en los cuerpos, en cuanto durare el matrimonio fueras ende si fuese en razón de adulterio.* ¿Cómo se clasificará la conducta de este marido de la señora Z... que la deshonra públicamente, y relata ante Vuestra Señoría hechos infamantes, tan extensamente, que parece complacerse en sus detalles?

Si acusara algún hecho pasado durante su matrimonio, usaría tal vez de un derecho propio; pero la causa por la que la arrojó de su casa, y la ultrajó vilmente, es anterior al contrato de matrimonio. La ley jamás permite que el marido acuse a su mujer, ni por el crimen de adulterio en un primer matrimonio, ni por ningún delito anterior al sacramento que los unió. *Ca pues que le plugo de casar con ella, entiéndese que se pagó de sus maneras e por ende no la puede después acusar de lo que antes obiese fecho; e si la acusase puede la mujer poner esta defensión ante sí para desecharlo, e debengela caber* [1].

El la había tenido en su casa como a su mujer legítima, y la había también recibido en su lecho durante los ocho días que iban corridos. Desde entonces olvidaba toda injuria que se le hubiera hecho, y la ley no le permite deducir acción alguna en juicio: *Otrosí decimos,* ordena la ley de Partida, *que si después que la mujer ha fecho adulterio la recibe el marido en su lecho o la tiene en su casa como a su mujer, que del yerro que oviese fecho en ante que la acojiese non la podría después acusar, e maguer la acusase, non sería tenuda de responder a la acusación poniendo ante sí tal defensión como ésta. Ca pues que así la acojió en su casa, entiéndese que la perdonó e non le pesó del yerro que fizo* [2].

Obligado ante la Iglesia, ante la sociedad, a vivir unido con su mujer, él de su propia autoridad la expulsó de su casa desconociendo todos los deberes que el contrato y sacramento del matrimonio le imponía. Si tenía causas para hacerlo ¿por qué no quiso deducir ante Vuestra Señoría sus acciones? ¿Era ésto voluntario en él? ¿No reconoció la autoridad de los Jueces, y que el matrimonio no podía separarse sin decreto especial del Señor Juez Eclesiástico? El parece haber pedido aquella audiencia, para solo anticiparse a su mujer, y denigrarla ante todo para las ulterioridades del juicio. Pero desde que se negó ante Vuestra Señoría a poner su demanda, ya en lo sucesivo no podía acusarla, ni del único delito que las leyes le permitían... *Esto mismo sería,* manda la ley [3], *si alguno a quien oviesse fecho adulterio su mujer dijese delante del judgador que la non quería acusar, e después ficiere contra aquello, e la acusase, que puede poner tal defensión ante sí para desecharlo.*

Los hechos con que la culpaba no formaban una cualidad en la persona suficiente para separar el matrimonio. Las cualidades anteriores al matrimonio pueden más bien anularle, que después, de hecho, dar una acción de divorcio; porque desde que el matrimonio es subsistente, crea entre los cónyuges obligaciones y derechos mutuos, y sería ridículo sin duda, un matrimonio que a la hora después del sacramento hubiera derecho para partirlo y podrían ser el objeto del juicio; y todo ésto le probará, que si no acepto la vía de prueba, es porque no está en mí dar ese curso al pleito.

1 L. 9, tít. 17, P. 7.
2 L. 8, tít. 17, P. 7.
3 L. 8, tít. 17, P. 7.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Si se le aceptara, contaría entonces con otro género de ventajas, con las dilaciones consiguientes a tales procedimientos. Tendría los ochenta días de la ley, y también seis meses si se le ocurría decir que un testigo estaba fuera de la República.

Al fin nada probaría, pero habría ganado un año, y se excusaría con lo secreto de los hechos; con que los testigos no querían declarar, o con su generosidad de haberse dispensado de unas pruebas que confundirían a doña Máxima. Si la falta de ellas hubiera de restituir a su mujer el honor que le ha quitado yo rogaría a Vuestra Señoría para que abriera un término probatorio. Pero cada uno ya ha juzgado, y tiene él tantos medios en sus manos para evitar el efecto de lo que él llamaría omisión, que sería un visionario el que pudiendo vencerle en pocos días, dilatara la causa por un año buscando las pruebas del honor de la que representaba en la falta de las pruebas contrarias.

Mas entretanto Mr. V... ni alega ni ofrece pruebas de lo único que era de su deber probar: ¿Ha, o no, arrojado a su mujer de su casa de propia autoridad? ¿La ha o no difamado por escrito y de palabra, en juicio y fuera de él?

Estos son los hechos, que es preciso afirmar, o negar, y sobre ellos es únicamente que las pruebas debían ofrecerse, porque son los fundamentos de la acción de su mujer. El los olvida absolutamente como si con decir que probará mala conducta en doña Máxima antes de casarse, ya estaba autorizado para difamarla. Cuando él no contradice los hechos que fundan la demanda de divorcio, ni ofrece, ni puede ofrecer prueba en contra, parece una burla al juicio contentarse con decir que probará que doña Máxima no era tal cual él creyó al unirse a ella.

Al ofrecer la prueba parte también de una base errada. Cree que dándola está libre de toda pena. Es verdad que una ley de partida dice: *pero si aquél que deshonrase a otro por tales palabras o por otras semejantes de ellas, las otorgase e quisiese demostrar que es verdad aquel mal que le dijo del, non cae en pena ninguna si lo probase* [4]. La letra misma del texto debía decirle que habla de personas entre quienes puede existir un pleito meramente de injurias, pero si un hijo injuriara a su padre, el marido a la mujer, etc., sabiendo, como deben saber, que nunca los Jueces permitirían entre ellos las pruebas de los hechos, la injuria se reputa siempre calumniosa, como no probada, porque la ley no permite abrir el juicio, y ya debía eso saberse cuando se dijeron las palabras injuriosas.

[4] L. 1ª, tít. 9, P. 7.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

La Jurisprudencia de que al parecer quiere valerse, respecto a las injurias que por escrito y de palabra ha hecho a su mujer, no es sin duda muy sana. Sería contra los primeros preceptos de la religión, y de la moral, la ley que le autorizara para difamar al que quisiera, atenido a que daría las pruebas de los hechos; y ésto solo debía advertirle que ha comprendido mal la ley citada de Partida. Ella no da licencia para deshonrar a nadie: habla solamente de las injurias hechas en juicio y ante el Juez que debe castigar los hechos; pero jamás es lícito injuriar y afrentar a los hombres fuera de juicio y sin necesidad alguna. La ley 3 del mismo título y partida le explicará la ley 1ª en que parece fundarse. *Mas quien quiera decir mal de alguno*, ordena, *acúselo del mal o del yerro que fiziese delante del Judgador, así como mandan las leyes de aqueste nuestro libro, e probado non caerá en pena por ende.*

El ofrecimiento de prueba, ni la prueba misma de los hechos injuriosos, tampoco exime de la pena, cuando la injuria es de marido a mujer, hijos a padres, libertos a patronos, esclavos a señores, etc. La razón la da la ley. *Pero estos a tales*, dice, *por el debdo que cada uno de ellos ha con los sobredichos, non los debe deshonrrar por tal, nin afrentarlos, ante decimos, que si mal oyese decir de ellos, que les debe mucho pesar, e vedar, e contrastar a los que esto dijesen que lo non digan* [5].

Sobre todo, en las injurias por escrito, la prueba de los hechos no libra de la pena. La ley manda así: *E como quier que dijimos en la ley 1ª de este título, que el que deshonrrare a otro por palabras, si probare que aquél denuesto o mal que dijo del era verdad, que non caya en pena, con todo eso, en cantigas o en rimas, o en dictados malos que los hombres facen contra otros o los meten en escrito, non es así. Ca maguer quiera probar aquel que fizo la cantiga o rima, o dictado malo, que es verdad aquel mal o denuesto que dijo de aquel contra quien lo fizo, non debe ser oido nin le deben caber la prueba* [6].

Vinieron después las leyes Recopiladas y quitaron toda duda sobre las inteligencias de la L. 1ª, tít. 9. P. 7. respecto a las injurias verbales. Un auto acordado ordenó lo mismo que las ley de partida sobre lo que en el derecho se llama difamación.

[5] L. 2, tít. 9, P. 7.
[6] L. 3, tít. 9, P. 7.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

El que tuviere agravio particular que proponer, debe acudir a los Tribunales o Superiores legítimos; y si tuviese propuestas útiles al público, hacerlas presentes adonde toque paladinamente y sin ocasionar irritación en los ánimos [7].

La Ley Recopilada resolvió de un modo general: *Cualquiera que a otro denostare, y le dijere, gafo, o sodomítico, o cornudo, o traidor, o hereje, o a mujer que tenga marido puta, u otros denuestos semejantes desdígalo ante el Alcalde y ante hombres buenos* [8].

La Ley del fuero dispone lo mismo respecto de las injurias designadas en la Ley anterior y luego añade: *El que dijere otros denuestos, desdígalo ante el Alcalde e ante omes buenos e diga que mintió en ellos* [9].

Luego no es admitida la vía de prueba en las injurias graves y llevan ellas en sí la presunción de ser calumniosas.

Aún entre los que pueden acusarse, hay por las leyes otro género de calumnia presunta, toda vez que alguno acusa a otro de un delito que no ha sido en injuria de él. Si yo acuso a un hombre de ladrón cuando a mí nada me ha robado, soy obligado a dar la fianza de calumnia, a diferencia de cuando acuso un delito hecho en daño mío. La ley del fuero manda, *Quien a otro quisiese acusar sobre cosa que non fue hecha a él nin a ome por que el haya el derecho de demandar de la acusación en escripto... e escriba que el probará aquello que dice, e si non que él se pasará a aquella pena que llevaría aquel otro, si gelo probase, e en otra gira non lo puede acusar* [10].

Lo mismo se ve dispuesto en la Ley 26 tít. 1º P. 7. cuando habla de los que acusan delitos que no han sido en daño suyo, y comparando a éstos con los que acusan hechos que les son injuriosos a sus cosas, o a sus derechos concluye así: *porque estos a tales se mueven con derecho e con dolor a facer estas acusaciones, e non maliciosamente.*

Esta calumnia presunta es el fundamento de la fianza que todos los días vemos en los juicios ejercerse.

También la hay en los que acusan delitos reservados. Las leyes 1ª Cap. 85 y 86 tít. 27. Lib. 4. y 64 tít. 4. Lib. 2. Rec. y

7 Auto del 14 de Abril de 1766.
8 L. 2, tít. 10; lib. 8, Recop.
9 L. 2, tít. 3º; Lib. 4º, Fuero Real.
10 L. 5, tít. 20; Lib. 4º, Fuero Real.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

el decreto de 1º de Enero de 1747 Cap. 6 que se hallan reunidos en el tít. 33. Lib. 12 de la Novísi. Recop. prohiben que los Fiscales acusen delitos reservados, sin delator que firme la delación, y se obligue bajo de fianza a la prueba de los hechos, y la pena arbitraria que se le impusiere; y esto es como el fin, dice una de esas leyes *que no padezcan algunas personas injustamente con la temeridad de voluntarias calumnias.*

Así pues, si a Mr. V... le fuere permitido entrar en juicio con su mujer sobre los hechos que la culpa, siempre sería bajo una fianza de calumnia; pero como él no puede, por lo que antes he alegado, habría un juicio con tal objeto, tendría a lo menos que dar el nombre de ese delator con quien dice que habló sobre la materia, y cuyo nombre quiere ocultar.

Resumiendo lo expuesto hasta aquí, resulta, que Mr. V... quiere excusar el arrojo y difamación de su mujer con hechos de ella anteriores al matrimonio, anteriores al contrato que creó mutuas obligaciones; que no la ha querido acusar, pero que la ha deshonrado de la manera más pública, mil veces por escrito y de palabra, en juicio y fuera de él, con las expresiones más denigrantes; después denuncia un hecho que no ha sido en daño de su derecho, y dice haberlo sabido en íntimas confianzas que sus promesas de perdón hicieron creer sinceras; que nuevamente infama a su mujer, ofreciendo dolosamente la prueba del delito, porque sabe que las leyes privan al Juez y a la parte entrar en la prueba de hechos semejantes, de ningunas consecuencias para las acciones deducidas por él, o por mi parte; que lo hace sabiendo que aunque tuviera derechos a quejarse de los hechos que relata está la injuria solemnemente transada.

El, por lo tanto, es un calumniante en lo más estimable para una señora, y debe retractarse ante Vuestra Señoría desde que en su Tribunal la ha deshonrado de palabra y por escrito.

Me resta ahora solo que fundar la demanda de mi representada.

En la carta de foja 1ª atribuye a doña Máxima propósitos de adulterio durante su matrimonio. Esto mismo dijo ante Vuestra Señoría en la audiencia verbal, designando aun el hombre que había ido a su casa, aparentando hallarse enfermo. Una injuria de esta gravedad siempre ha sido legítima causa para la separación del matrimonio. El Código Romano enumerando las causas por las que la mujer puede pedir el divorcio señala ésta como una de las principales. *Si vir de adulterio*

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

inscripserit uxorem, et adulterium non probaverit Nove 117, Cap. 9, § 4.

La disposición de esta Novela ha sido adoptada generalmente por los canonistas. Judi. Elizondo tomo 7.

Si a esta causa se agrega la difamación escandalosa que Mr. V... ha hecho de su mujer, la acción de divorcio tiene entonces un fundamento el más legal. El la culpa de un crimen capital, por la calidad de la persona designada en el pliego cerrado que ha presentado. *La acusación de un crimen tal,* dice Pothier, *intentada calumniosamente por un marido contra su mujer es una justa causa de divorcio. En efecto, agrega, esta injuria debe ser más sensible a una mujer que lo que le sería la sevicia más cruel que su marido ejerciese contra ella. Por otra parte la mujer tendría todo que temerlo viviendo con un hombre que se ha lanzado contra ella a tales extremos* [11].

El Señor de Aguesseau en un caso semejante al de esta causa decía: "*¿Se podría rehusar a una mujer acusada falsamente de un crimen capital la justa satisfacción de separarse para siempre de un marido que ha querido deshonrarla por una calumnia atroz? ¿Se le obligará a sostener durante toda su vida la presencia de su acusador, y exponer a ambos a todas las consecuencias funestas de una sociedad desgraciada, que sería el suplicio del inocente más aún que del culpado?*" [12].

Mr. V..., a más, ha desconocido para con su mujer todos los deberes de marido, y todas las obligaciones que su estado le imponía. El ha roto de autoridad propia la unión matrimonial. Ha dejado de vivir con ella, no le ha prestado los alimentos y habitación que era de su deber prestarle; y arrojándola de su casa, ha transgredido con este solo hecho todas las leyes de la Iglesia, y no puede exigir que la mujer a la cual así ha ultrajado siga unida a él y no tema otro día iguales o mayores insultos.

Finalmente las muchas causas para el divorcio de que habla el Conci. Trident. Sec. 24. Canon 8º, están dejadas al juicio de los Señores Obispos y Provisores; y yo espero que Su Señoría vistos los autos, y considerando lo que Mr. V... ha expuesto a su presencia, hallará justas las causales que he alegado para la separación del matrimonio.

11 *Tratado del Matri.*, nº 912.
12 Causa de Mr. Delastre contra María Courtin, su mujer.

Biblioteca del Giojá. UBA
uso académico.

El Señor Provisor me permitirá volver ahora sobre los hechos que refiere el escrito que contesto.

La joven obligada a disentir un proceso infamante, está, Señor, defendida por toda su vida anterior. Ella gozaba de una reputación sin mancha correspondiente a su familia y a la educación que había recibido. Al saberse que se había casado con Mr. V .., todos compadecían su suerte y le anunciaban un triste destino por la moral de ese hombre, y por la pasión de celos que le dominaba; ¿quién tenía más títulos que ella para estar libre de una columnia? ¿A cuál joven hubiera culpado su marido de los hechos que Mr. V... le atribuye que presentare menos motivos de credulidad? Aún después de los difamantes sucesos que por todo el pueblo ha referido, nadie ha podido confirmarlos con circunstancias accesorias, con hechos coincidentes que nunca dejan de existir. Nadie, ni él mismo puede indicar algo demostrativo siquiera del tiempo o del lugar. Ese secreto era imposible por sí y más en una vida de escándalo y desenfreno como la que se atribuye a la señora Z..., y habría dejado mil rastros que Mr. V... recogería con ansia y referiría con placer. Nadie había sabido cosa alguna y su vil detractor no puede dar otro testigo que ella misma. Son tan evidentes los caracteres de la verdad, que a ser cierto lo que expone en su relación aparecerían singularidades que por sí dijeran que era indudable cuanto revelaba. Pero aunque aquella historia le ocupa largas páginas, no hay en ella sino un hecho aislado, destituído de antecedentes y sin ninguna ulterioridad que únicamente se refiere a íntimas confianzas que le hizo su mujer. La que a sí propia se acusaba y ponía su honra en manos de ese hombre, ¿por qué le ocultaría todo lo accesorio, los pormenores que tanto le servirían a él que ya meditaba los pasos que después dió? ¿Y cómo tan empeñado en deshonrarle, no hallaría alguna cosa, una circunstancia, algo que concurriera con la revelación que le había hecho su mujer?

Entretanto la persona en cuya verdad reposa esta historia es un hombre de costumbres corrompidas, que lejos de cuidar ocultarlos ha contado la vida que llevaba antes de ser casado desde la primera audiencia que se tuvo ante Vuestra Señoría. El proceso acabará de definirle, y la falsedad con que habla en todas las materias de que se ocupa dirá al Señor Provisor el mérito de sus asertos en el punto principal.

En su casamiento hace aparecer a Mr. Modonell de corredor de matrimonios sin encargo de nadie, el que le va a rogar

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

se casara con una joven a la que V... no conocía. Aquel señor hace por sí indagaciones sobre la conducta de doña Máxima sin saber aún si estuviera o no comprometida con otra persona. V... al fin se decide a casarse sin conocer a su futura esposa. El señor Modonell la ve y nada menos que la emplaza a que le de una contestación definitiva en el término de tercero día ocultándole hasta el nombre del que la pretendía, y doña Máxima contestó el día señalado que estaba enteramente decidida. Después de esta resolución, es recién que se le hace saber quién era el individuo con quien debía casarse (foja 28). Retardado el matrimonio por algunos días, van señoras muy respetables a su casa con la joven esposa a rogarle lo verifique el día que quiera, y el matrimonio se celebra algunos días antes del tiempo señalado. ¿No es todo ésto un romance rudamente ideado? Entretanto Mr. V... es un hombre de más de cincuenta años, viudo de dos mujeres con hijos y nietos y como él mismo dice dependiente a un módico sueldo de una casa de Francia; y la joven de quien se habla es de una familia muy decente rodeada de parientes en la mejor posición, de una educación cuidada, con medios de fortuna, bien parecida y de edad de veinte y tres años. La señora de don Felipe Senillosa a quien nombra sólo por nombrar en este expediente jamás ha estado en su casa ni nunca le ha visitado y jamás por cierto iría a dar el paso inusitado de rogarle se casara. El conocía a doña Máxima en casa del señor Senillosa, y él fue el que rogó al señor Modonell para que empeñara su amistad a fin de decidirla a unirse a él.

En la audiencia verbal que Vuestra Señoría ordenó, él dijo que una de las causas que había tenido para arrojar a su mujer eran propósitos de infidelidad que había observado con un individuo que nombró y dijo haber ido a la quinta aparentando hallarse enfermo. En la carta de foja 3 dirigida al señor Senillosa, le dice que *él hará conocer cuál es la conducta que su mujer ha guardado en los ocho días que ha estado en su casa; cuáles son sus sentimientos para el porvenir, y lo que es más infame, cuáles son sus cómplices.* Esta grave acusación la hacía ante un extraño y la repitió en juicio ante diez o doce personas que presenciaron la audiencia verbal. Mas cuando es preciso responder a la demanda se olvida de la gravedad del insulto, y confiesa no tener causas para haber hecho tal imputación criminal. A foja... de su último escrito dice así: *Confieso francamente que a mis ojos no tiene el carácter de entera realidad; confieso que si tratase de probarlo me faltaría quizá la prueba y que bien puede ser el efecto de mi propia agitación y la disposición de mi ánimo a creer todo lo malo.*

Sus mismas confesiones hacen ver que esa inculpación es absolutamente calumniosa. Absolviendo la posición 23 dice que al siguiente día de su casamiento le escribió a ese individuo, rogándole fuera a la quinta y mandándole al efecto un coche. Esto, Señor, no se hace sino con un amigo como lo era esa persona de él, presumiendo que no iría sino mandándole un coche y escribiéndole que lo hiciera. Este solo hecho desvanece toda la historia que cuenta.

Ese individuo estaba gravemente enfermo y lo está aún como es público y notorio. V... lo sabía como resulta de la posición 24 y del hecho de mandarle coche. El confiesa absolviendo la posición 25 que lo trataba con el mayor cariño, y que le ofrecía a su mujer distraerlo y sacarlo de la inacción en que estaba. Confiesa absolviendo la posición 31, que las atenciones que se tuvieron con él fueron las que diera la política con un huésped; resulta de la 26 que le instó que volviese, cuando se venía al pueblo, aunque él solo dice que le ofreció la casa, una oferta que no se acuerda, con el empeño de llevarlo desde el primer día después de su casamiento, y de mandarle coche para que fuera, ni tampoco con las promesas hechas a la mujer del huésped. Confiesa también absolviendo la 31 que jamás hizo ninguna observación a doña Máxima sobre el trato con aquel individuo. Confiesa también absolviendo la 6ª que ese individuo y su mujer lo acompañaron en los más de los días del tiempo que estuvo con doña Máxima, lo que hace ver que era su amigo; que él lo atraía; que ese hombre estaba allí con su mujer.

Todo el motivo de sus sospechas según él mismo lo dice, fue que doña Máxima le hizo poner cama en el cuarto inmediato a su dormitorio, y que un día preguntando a la criada si la señora se había levantado, le respondió que le parecía que sí porque había oído abrir una puerta, y que entrando él, encontró a doña Máxima durmiendo; de lo cual infería que ella se había levantado y había después vuelto a su cama. ¿Quién puede creer, Señor, que una joven desde el día de su casamiento concibiera tales propósitos, que no pudiera realizar sin las casuales exigencias de V... para que aquel hombre fuera a su casa? La noche a que él se refiere, ese individuo durmió en la pieza inmediata con su hijo mayor como V... lo confiesa absolviendo la posición 3ª. En esa misma pieza había dormido

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

su mujer y él mismo también desde el día que V... se casó; allí estuvo la cama de ellos, doña Máxima recién casada no disponía como era regular cosa alguna, y su marido lo ordenaba todo. Ella durmió esa noche con V... como él lo confiesa absolviendo la posición 2ª. ¿Sabía ella acaso a qué hora se levantaría, adónde iría, o si primero se levantaba su huésped o el hijo de él? ¿Es posible creer que doña Máxima fuese al cuarto del huésped donde estaba su hijo o que le abriera la puerta para que él entrara, sin saber si V... había salido, estando abierta la puerta de su dormitorio al patio y pudiendo él entrar como entró efectivamente y la encontró durmiendo? ¿Esa criada, si es que le dijo, no podía equivocarse, o no podía ser otra puerta la que le parecía se había abierto? ¿Y esto, Señor, es acaso razón para que V... difame a su mujer y escriba a extraños diciendo que es infame la conducta que ella había guardado en los ocho días de su matrimonio? ¿Cómo es que reprendiéndola de su conducta anterior nada le dijo sobre lo que observaba con aquel individuo como lo confiesa a la posición 31? ¿Cuáles eran los cómplices en los propósitos criminales de su mujer de los que habla la carta de foja 13? Por la relación que él hace resulta que no había cómplices, y que si de alguno maliciaba era de la misma mujer de aquel individuo como lo dice en la carta de foja 1ª.

Todos saben que el individuo a que se refiere Mr. V... es un hombre de las mejores costumbres enfermo de su razón y absolutamente incapaz del crimen que se le culpa. Presentarlo ante Vuestra Señoría sería la mejor prueba de la calumnia.

¿Y dónde están las miras criminales que la mujer de V... abrigaba para el tiempo venidero? El lo dijo así en la carta de foja 3 y ahora olvida esta grave injuria. Ni una sola palabra dice de ella y con ésto hace ver que necesitaba calumniar a su mujer para justificar sus procedimientos.

Este hombre falso en los hechos que refiere sobre su matrimonio, que no ha temido culpar a su mujer de propósitos de adulterio en los ocho días que estuvo con él, cuando después conoce y confiesa que pueden ser engaños de su celosa cabeza; que anuncia probar miras ulteriores y criminales de su mujer, y luego nada acusa ni refiere, ligero hasta la calumnia, y tomado en mil contradicciones y falsedades, es el único en cuya verdad estriba toda la relación de los hechos de doña Máxima anteriores a su matrimonio. Al referirlos tiene que darles un origen, y no encuentra otro que la misma culpable. El hace entonces el papel del ser más vil. En su escrito, en las contestaciones

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

que ha dado a las posiciones, en todas partes aparece disimulando: haciendo cariño a su esposa para arrancarle en íntimas confianzas el secreto más grande que pudiera ella tener; ofreciéndole que su franqueza no le traería perjuicio alguno, que la perdonaba de todo; traidor a la amistad a sí mismo al más sagrado de los vínculos que unen a los hombres, indigno en fin de todo crédito: éste es el retrato que él hace de sí mismo.

Ese disimulo prolongado por ocho días, ¿qué objeto tenía? ¿Para qué necesitaba más pruebas que el convencimiento que dice, tuvo el primer día, y luego en el segundo, la franca confesión de su mujer? ¿No lo sabía acaso todo? ¿Para qué le servía lo demás? ¿Un hombre en esas circunstancias procede así, y acalla sus sentimientos esperando conocer incidentes que ya no le importan? Por su primer carta aparece que el disimulo había durado ocho días; así también se dice en la contestación a la demanda, y al absolver algunas de las posiciones que le puse. Pero otras veces lo niega: dice, absolviendo la segunda, que desde la primera noche ya no la consideró a doña Máxima como su mujer. Absolviendo la tercera contesta igualmente que en lo privado siempre la reconvenía del engaño que le había hecho, y le decía que jamás le pidiese el casamiento delante del Cónsul Francés. Entretanto comprendiendo parte del objeto de la sexta posición dice que aquellos actos de cariño a los parientes de doña Máxima los hacía con el fin de que su esposa continuara su confesión. Apurado igualmente por la octava confiesa lo que en ella se afirma, diciendo que su objeto era no alarmarla para conseguir que le declarase todo cuanto deseaba saber. ¿Quién no verá en todo ésto la más patente falsedad? ¿Cómo engañar a una mujer alarmada como debía estarlo después de la revelación que había hecho cuando se veía desde el primer día que no era tratada por V... como tal mujer, que la reprendía privadamente y le decía que nunca haría inscribir su matrimonio en los registros consulares? El vacila y se contradice mil veces en este punto principal, y el que lea con atención sus escritos y sus confesiones no podrá al fin decir si este hombre disimulaba algo o si al contrario, si desde el primer día ya su mujer debió haber esperado la suerte que ha tenido.

Sin embargo otros hechos manifestarán a Vuestra Señoría que V... nada disimiulaba porque nada tenía que disimular; que los ocho días que pasó con doña Máxima fue el hombre más feliz; que con esos sentimientos salió de su casa el sábado seis de Diciembre y que recién cuando estuvo en este pueblo oyó

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los hechos que cuenta únicamente de la mujer con quien había vivido en una relación ilícita.

Dice en su último escrito y en las posiciones que ha absuelto que desde la primera noche tuvo el íntimo convencimiento que su mujer se había antes entregado a otro hombre y que desde esa noche no la trató ya como a tal mujer. Pero amanece el día y se empeña en reunir a la familia de doña Máxima y a otras personas extrañas, escribe y manda coches para que vayan sus amigos, cuando hasta entonces no se había comprometido a reunirlos, ni nadie hubiera extrañado que pasara solo el día con su esposa.

Esa noche segundo día de su casamiento dice que ya obtuvo la confesión de doña Máxima, la cual le cuenta todos los sucesos que él refiere. Pero él continúa lleno de contento, y por la mañana sin esperar las visitas de las casas amigas sale con su mujer y la presenta a varias familias de Barracas (Posición 7ª). ¿Y ésta era la mujer de quien ya pensaba separarse, y no reconocerla como tal esposa ante el Consulado de su país? Si esa confesión se había hecho, ¿por qué esa premura en sus goces, en que le vieran con su mujer al lado, con la mujer que horas antes le había revelado una conducta criminal? El recibía a las personas que iban a visitarle con el mayor cariño, y estaba, puede decirse, en una continuada fiesta, aunque ya sabía toda su desgracia, y sabía los cómplices del asesinato que se había hecho en él, para usar de sus palabras, y estos cómplices eran doña Juana Z... y doña Mercedes L... según su carta de foja 1. Entretanto absolviendo la posición quinta confiesa que el tercer día de su matrimonio le tomó la mano a doña Juana y le dijo que no la dejaría separarse de allí. El agrega que le dijo también que no recibiría allí, lo que importaba un insulto, a la mujer cuya amistad buscaba la cual sin duda con eso solo no hubiera vuelto a su casa. Pero ella continuó yendo allí y su tía doña Mercedes L..., y V... como lo dice en la posición sexta las trataba con el mayor cariño a esas asesinas de él, y cómplices de la grande injuria que se le había hecho. Excusa el cargo diciendo que lo hacía para que su mujer continuara en sus confesiones. ¿Y cómo unir este fingimiento con lo que había dicho a doña Juana sobre su marido? ¿Y para qué atraer esas señoras con sus atenciones cuando ellas nada habían de descubrirle? Vuestra Señoría verá muy luego que todo eso es una miserable excusa y que hasta el momento que vino al pueblo, y le contaron lo que él ha referido, estuvo en la mayor amistad con doña Mercedes L..., a la cual suponía cómplice en el

Biblioteca Rafael Gioja. UBA
Uso académico.

engaño que se le había hecho y de quien tenía tanto de qué quejarse.

Esos días tuvo tertulia de naipes en su casa, y en la de varios amigos, siempre contento y acompañado de personas que él llamaba, como lo ha confesado en la posición novena.

El miércoles quinto día de su casamiento le habló un amigo de él, de hacer un costurero para su señora de la pieza que estaba destinada a cocina, y él dispuso en el acto que se hiciera. Al absolver la posición octava contesta que sólo dijo bueno, bueno, a todo; pero le es preciso contestar a la undécima, *como era cierto que el sábado seis de Diciembre había contratado la obra con un carpintero de don Felipe Botet,* y responde que era cierto: que aquella obra estaba dispuesta desde un año antes. Es lo más singular que de ella le hablara el señor Real de Asúa el miércoles; que le hablara su mujer; que él entonces no le dijera que ya lo tenía pensado, y coincidiera la casualidad que el sábado, tan luego el sábado, se presentara el carpintero a tratar de aquella obra. El, Señor, lo mandó llamar pues de otro modo el maestro no hubiera venido al último día de la semana. Quería hacer para su mujer una pieza más, poner chimeneas para pasar el invierno con más comodidad. Es decir que la mañana misma del día que la arrojó de su casa, ni pensaba separarse de ella. Ese marido que dice que después de la primera noche ya no trató a doña Máxima como a su mujer, que estaba triste y lleno de penas, confiesa absolviendo la cuarta posición *que en los ocho días que duró su matrimonio no se separó de la casa de su habitación sino por momentos y estuvo allí sin venir a la ciudad.*

Esta confesión probará al Señor Provisor cuán contento estaba; que no tenía ningún motivo de disgusto; que es falso que privadamente trataba mal a doña Máxima, y que es falso también que desde la primera noche ya no la trató como a su mujer. Sólo a V... le es dado unir las dos ideas, un desaire inaudito a su esposa cuando se acostaban juntos en una misma cama; y un apego a ella desde que se levantaban, y ésto por ocho días consecutivos. Si tenía algún disgusto; si no estaba completamente satisfecho de ella ¿cómo había abandonado todos sus negocios por estar perpetuamente a su lado? Esa mujer a quien pensaba arrojar de su casa y no considerarla como a su mujer legítima, ¿por qué le atraía a términos de no separarse de ella por ocho días? ¿Era ésto posible con una persona a quien se repulsaba en la cama, y a quien se trataba en lo privado con términos injuriantes? ¿Era posible este no interrumpido cariño

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

a quien él consideraba como a una persona infame, según la expresión de su carta cuando no hubiera estimación verdadera, y la odiaba a términos más bien de querer ir al patíbulo que unirse a ella? (carta de foja 3). V... entonces era un bueno y cariñoso esposo, prestaba a su mujer todo género de atenciones, se acostaba con ella aún después de comer, como no lo negará, y pasaba los días más felices. De otra manera era imposible esa permanencia a su lado durante ocho días.

El, creyendo que el objeto de la posición segunda era la transacción de la ley por la cohabitación con la mujer dice que no la trató después como a su mujer. La posición está puesta con los mismos términos de la ley de Partida; y ésto le hará ver, que en el derecho lo que importa es recibir el marido a su mujer en su cama, o tratarle como a su esposa y nada más.

Su conducta en el último día, en el día mismo que arrojó a doña Máxima de su casa acabará de probar que horas antes de hacerlo no pensaba en ello y que estaba muy contento, que hasta entonces nada sabía, ni que nada le había dicho su mujer.

Hacía ocho días que no venía al pueblo y todos sus negocios estaban abandonados. El sábado seis de Diciembre determinó venir. Dice él a foja 41 que antes de salir doña Máxima le rogó hiciera algunas visitas a personas de su familia, y que él le contestó *"Cuando recuerdo todo lo que has hecho, y cuán ignominiosamente he sido engañado por tí pierdo la cabeza. Lo único que me consuela es que después de lo que ha pasado jamás puedo creerme realmente casado contigo"*. Esta dura respuesta es enteramente falsa y está desmentida por sus propias confesiones. El con el mayor empeño quería cuanto antes visitar a la familia de su mujer y Vuestra Señoría va a ver que en lugar de la áspera e insultante contestación que dice haber dado a doña Máxima, se preparó a hacer las visitas que pensaba. Absolviendo la posición trece dice *que es verdad que al venir a la ciudad encargó a su mujer le mandara ropa al escritorio para visitar algunas personas de la familia de ella, y que en efecto, la ropa le fue mandada.* ¿No le parece que son distintas las personas que hablan, la una en el escrito y la otra ante Vuestra Señoría absolviendo posiciones? Este, entretanto, es el hombre en cuya verdad reposa las imputaciones criminales hechas a la señora Z...

Si ya en ese día pensaba tomar una medida definitiva, no volver a ver más a su mujer ni volver a su casa hasta que ella no saliera de allí, ¿cómo es que nada ni lo más preciso trajo de su casa? Absolviendo la posición quince dice que es verdad que

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

dejó sus papeles, toda su ropa, todas las llaves, el dinero y que no trajo al pueblo cosa alguna. ¿También ésto lo hacía por disimular cuando ya había dicho a su mujer que no se juzgaba realmente casado con ella? Lo que allí dejaba, Señor, era precisamente lo más importante para él: sus libros de comunes que después ha pedido al Señor Juez de Primera Instancia... Este hombre que se despide, según él dice, con las insultantes palabras que copia en su escrito, que iba muy luego a intimar a su mujer que saliera de allí; y dejaba todos sus intereses y los ajenos en manos de ella; y si ella salía quedaban allí tirados como efectivamente sucedió. ¿Cómo es que no había tomado alguna medida para asegurar siquiera sus más importantes papeles, sus llaves, dinero, etc. cuanto allí dejaba? Nadie se presentó a hacerse cargo de aquella casa, y quedó abandonada por ocho días en manos de una criada a quien doña Máxima dejó las llaves. ¿Procede así un hombre de negocios cuando toma una medida que ya ha pensado tomar y que no nace del engaño del momento? ¿Por qué dejando su casa, viene, escribe la carta de foja 1ª y se oculta por ocho días? El que ya había dicho a su mujer las palabras copiadas a foja 41, ¿qué embarazo tenía para ir allí, cerrar la casa y tomar su ropa y sus papeles? ¿Por qué este abandono de todo, cuando ya salía pensando lo que iba a hacer? ¿Y a qué era esa ocultación en que vivió por ocho días, según él lo confiesa, si tenía razón en hacer lo que hacía? Mr. V... tan frío y calculador, Señor Juez, como él se retrata en los momentos en que debió ser más sorprendido, no era hombre para dejar tirados ni cien pesos si hubiera salido de su casa con la idea de echar a su mujer. Le ha disputado a ella ante el Señor Juez de primera instancia hasta una cama, una silla para tener en la casa en que se le depositaba, y en aquel día seis de Diciembre dejarle todo, dinero, plata labrada, joyas, los libros de comunes que ese mismo día necesitaba urgentemente.

Otros hechos demostrarán a Vuestra Señoría que nada sabía de cuánto ha contado, y que de allí salió en la mayor amistad con su mujer. Respondiendo a la posición undécima confiesa que antes de salir de Barracas trató con un carpintero para que entablase el piso de una pieza que se destinaba para costurero de doña Máxima. Excepciona sin embargo diciendo que esa obra estaba ya desde un año antes contratada. Pero la falsedad de ésto va a presentarse por sí. Si pensaba ya echar a su mujer de su casa y ocultarse por ocho días, ¿para qué tratar, tan luego un sábado, el entablamiento de una pieza, siendo así que era una obra que tenía en miras desde un año antes, y que podía demorar

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

por algunos días más? En su carta de foja 2 dícele a su mujer que su conducta confesada por su misma boca lo había puesto en el caso de alquilar la casa, ¿para qué entonces hacía entablar un piso cuando el inquilino no se la exigía, pues que nadie se había presentado a ver dicha casa? Todo es falso, Señor, ni había tal alquiler contratado, ni nadie se ha presentado a ocuparla, ni él designará persona alguna a quien la hubiese alquilado. La casa está como doña Máxima la dejó, cerrada. Agréguese a ésto lo que él ha confesado en la posición octava, que un amigo de él al tercer día de su matrimonio le dijo que su mujer necesitaba una pieza más, y que convendría hacer de la cocina un costurero, y él convino y fue el más empeñado para que cuanto antes se hiciera. Por eso fue que mandó llamar al carpintero el día sábado, día muy ocupado para él, y en el cual regularmente no se contrata ni comienza un trabajo de manos. Si consta pues que antes de venir al pueblo trataba de una obra destinada al servicio de su señora, y ordenaba hacerla con las comodidades que el invierno exige; es claro que esa mañana expulsarla, y que nada sabía de lo que después se le dijo, y que él juzgó causa suficiente para arrojarla.

Había salido de su casa, y vuelve para avisar a doña Máxima que acababan de traerle un caballo que había encargado para ella. La lleva a la barraca, y allí se detiene en hacerlo probar: al fin lo compra y paga. Así lo confiesa al absolver la posición doce. ¿Para qué ese regalo, ni para qué doña Máxima irá a ver ese caballo cuando dentro de dos horas tendría que dejar la casa? V... dice que se lo había ofrecido desde antes de casarse. Aunque fuera así, cuando hacía pocos momentos que había dicho a su mujer que no se consideraba casado con ella ¿pensaba halagarla? ¿Y para qué? ¿Con presentarla un caballo? ¿Tal oferta era para él más sagrada que todos los vínculos que en ese día iba a romper? ¿No sabía que doña Máxima echada de su casa no usaría del caballo? ¿Y por qué entonces lo hacía probar examinando si era tan manso como para que ella le montara? ¿Por otra parte, una mujer que hubiese oído de su marido las palabras que él transcribe a foja 41 podría recibirle un caballo, salir a prisa para verle y estar pensando en paseos? ¿Y qué objeto tenía ya en esa hora el disimulo por parte de V...?

El sin embargo dice que mandó al criado al escritorio para remitirle una silla. Este es otro incidente que demuestra un buen ánimo en aquella hora; y más que pensaba ir al escritorio donde sus negocios lo llamaban pero no fue allí, y por su desgracia

y la de su mujer entró antes en otra casa de la cual no salió y ya no pudo mandar la silla.

Llegando a la ciudad la primera casa adonde entra es a la de doña Mercedes L..., la tía, la amiga, la compañera de su mujer. Así lo confiesa absolviendo la posición diez y seis; confiesa que estuvo con ella muy cariñoso y que le pidió y exigió a ella y a su marido que fueran a acompañar a su mujer, y que dejaran contenta a doña Máxima si él tardaba algunas horas por los quehaceres que tenía. Agrega a la pregunta que él invitó al señor Real de Asúa, para que fuera el día siguiente, el domingo siete, a acompañar a su mujer y que doña Mercedes L... le dijo que esa noche no iría, lo que es enteramente falso.

Pues bien, esta sola confesión, esta sola visita a doña Mercedes L... va a probar que dos horas antes de echar de su casa a doña Máxima él nada sabía de cuánto la ha culpado. Su carta de foja 1ª que él confiesa que fue escrita horas después de estar con doña Mercedes, hace ver que él cuando supo los hechos que ha culpado a su mujer miraba en doña Mercedes L... una malvada cómplice del asesinato de su persona. Si eso ya lo sabía desde el segundo día de su casamiento por boca de su mujer; si ya venía dispuesto a acabar el disimulo que había guardado, ¿para qué invitaba a doña Mercedes? ¿Por qué la trataba con tanto cariño y la distinguía visitando primero su casa antes que otra alguna? ¿Para qué le rogaba que fuera a Barracas adonde él ya no volvería, y adonde a las dos horas ya no estaría doña Máxima? ¿Con qué objeto exigía que el marido de ella fuese al día siguiente, cuando él iba ya a ocultarse? ¿Por qué manifestaba interés en el contento de su mujer cuando ya la había abandonado para siempre? Es imposible, señor, explicar todo ésto, ni hallar la causa u objeto a tanto disimulo, a tanta falsedad en sus actos y expresiones. Pero él no mentía, ni todo aquello podía ser fingido cuando no tenía por qué ir a invitar a una señora a quien al poco rato trataba de malvada y cómplice en un grande delito. Eran a esa hora, las once de la mañana, sus verdaderos sentimientos. Esos actos están de acuerdo con todos los hechos del mismo día, con la entrega absoluta que hacía de su casa a su mujer; con el trabajo que para su comodidad de ella mandó hacer en esa mañana, con el regalo del caballo y de la silla.

Recuérdense las inculpaciones de que antes he tratado con esa persona que iba a la casa aparentando hallarse enfermo, y véase nuevamente como hasta el último día la instaba para que se fuera a pasar el domingo siguiente en su casa.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Salió, señor, de lo de doña Mercedes L... y entró en lo de la mujer con quien había vivido como casado antes de su matrimonio, y allí le esperaba la red que se había tramado conociendo su celoso carácter. Allí recién se le contó la vida de doña Máxima, forjada por esa persona muy interesada en la desunión de un matrimonio que le había traído el alejamiento de Mr. V... No sería difícil probarle que esa mañana entró a casa de esa persona, a la cual ha seguido después visitando. Pero bastará un hecho confesado por él. Absolviendo las posiciones 21 y 22. confiesa que la carta de foja 3 que escribió al señor Senillosa la mandó con una criada llamada Pastora. Esta misma criada llevó las cartas a doña Máxima. Pues bien, esa criada sirve a esa mujer con quien tiene relación ilícita y vive hasta hoy como se ve en los diarios donde al pedir su pasaporte para Montevideo dice con *una criada llamada Pastora*. Mr. V... confiesa que él la había comisionado, conocido, en esa casa, y que pasando casualmente por donde él estaba oculto, la llamó para encomendarle llevase la carta. ¡Qué casualidad! Pero esta casualidad era preciso que se repitiera y en eso no ha advertido Mr. V... La posición se le puso sobre una sola carta al señor Senillosa, y él confiesa que la mandó con la criada Pastora. Pero las cartas son dos, y la segunda la llevó también la misma criada, que ya en esta vez iba acompañada de un sereno que declararía la verdad si V... negase la remisión de la segunda carta con la criada que mandó la primera. Si es increible pues que escribiera una carta para él de tanta importancia, y al acabarla pasara por allí la criada de la mujer con quien había vivido en relación ilícita, y le sirviese de conductora; ¿será también probable que escribiera una segunda y volviera a pasar la misma criada para llevársela? La verdad es, señor Provisor, que de aquella casa salió la fatal carta de foja 1ª. De allí salió la desunión del matrimonio y que la misma persona que creaba los hechos que él imputa a doña Máxima se encargó con gusto de remitir con su criada Pastora las cartas que debían separar el matrimonio.

Su Señoría por fin hallará una última prueba de la injusticia con que el marido de doña Máxima la ha culpado, en la disposición de él a volver a unirse con ella. El ha mandado a la casa donde su mujer se halla diversas personas a rogarle por la terminación de esta cuestión, que él mismo iría a pedírselo así; si era preciso que constara que él se lo exigía. Más él ha creído que este acto de justicia y de honor, le envilecía, cuando era lo más digno que podía haber hecho y le ha negado sabiendo que a las personas respetables que han intervenido no se les traería a

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

declarar. Pero ahí está su mismo escrito donde lo confiesa. Al final de él dice *mis palabras de conciliación se han desechado imprudentemente*. En todo ese pedimento repite mil veces que está pronto a unirse a su mujer, si el señor Provisor lo ordenase. El se ha convencido que tiene una esposa honrada a la cual su difamación no ha podido quitarle su buena reputación. Quiere unirse a ella porque conoce como lo dice en su escrito, que en un momento de exaltación escribió la 1ª carta que corre en autos, y porque ahora está persuadido de la falsedad de los hechos que adoptó como ciertos. De otra manera el hombre que había escrito esas tres cartas, el que tan resueltamente se negó a toda conciliación cuando Vuestra Señoría le hablaba en la audiencia verbal, no era posible que pensara unirse a esa persona infame que había manchado su nombre.

Por lo demás que a este respecto dice yo puedo que no me refería en la posición 1ª al señor Vilaró, que fue el primero que él mandó, y que doña Máxima no admitió la retractación que exigía, no fue porque se la negara, sino porque quería dársele el aspecto de una retractación negociada.

He pasado señor Provisor, ligeramente por algunos hechos principales en la conducta que con su mujer observó V... en los ocho días que estuvieron unidos. Todos ellos concurren a demostrar su contento y satisfacción, el aprecio a su esposa y el empeño en complacerla; que él, la mañana misma que la expulsó, buscaba la amistad de su familia y disponía su casa para que ella viviera en mayor comodidad. Así únicamente le es posible a su mujer defenderse de la deshonra con que su cruel marido la ha difamado. Ella tiene que atenerse a las pruebas negativas, porque no hay en la naturaleza otro medio de demostrar que jamás se ha culpado con los crímenes que su marido dice haberle confesado. Entretanto, él conoce y siente que en causa de este género, la falta de pruebas contrarias no es bastante para restituirle su honor que le ha quitado; que le hace una acriminación alevosa que basta pronunciar para que encuentre personas ligeras que presten asentimiento. Por lo mismo que ha sido una joven sin mancha alguna, parece que la malicia humana se complaciera en descubrir un secreto que la rebajara al nivel de las mujeres prostituidas. Se olvida que el que la acusa es un hombre sin costumbres, llegado a la vejez en el seno de la disolución, que no se ve la mano que le ha conducido, aunque su actual vida sea la que era antes de su matrimonio.

Y este hombre, Señor, y en esta causa en que el mejor consejo

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

fuera hacerle guardar silencio, o moderar sus pasiones, encuentra el valimiento en su apoyo; encuentra tantos que defienden sus procedimientos, encuentra quienes repitan con más acritud sus injuriosas palabras contra su joven esposa, tal vez porque es una huérfana de quien se puede escribir sin consecuencias con la pluma que se quiera.

La naturaleza del delito de que se le acusa se presta a todas las conjeturas aunque de él no haya el menor antecedente, ni haya dejado rastro alguno. Lo que falta a las cosas, lo suple la maledicencia; y cuando debía doler difamar así a quien ciertamente se mata con un deshonor tal, a quien no puede defenderse de esta arma de golpe seguro, parece que siente un placer en prolongar la historia. Llegará sin duda el día en que ese marido indigno de la mujer a la cual la Iglesia lo unió, la haga honor y desmienta él mismo las inculpaciones con que vilmente la ha ultrajado, no por una retractación ordenada por los Jueces, sino porque su conciencia la arranque, y entonces se descubrirá el único secreto que puede haber en este proceso, el motivo y fin de sus actos, y entonces también esas líneas que hoy se componen con tanto esmero, esas frases tan estudiadas para herirla más profundamente, harán el pesar del que las ha dictado. Sí, ese día ha de llegar, porque la providencia no permitirá que una inocente joven sea víctima de un crimen bien extraordinario, y que la mano que Dios destinó y obligó a su defensa, y de la cual ella esperaba su dicha use por más tiempo de un puñal homicida y acabe de sacrificarla a la más pública prostitución. Mas en estos momentos sus esperanzas reposan en la justicia del señor Provisor. La respetabilidad de Vuestra Señoría, el fallo de la Iglesia, el auxilio que prestarán a su sentencia los señores Jueces Seculares, acallarán a este hombre destituído aun de los sentimientos más naturales; castigarán sus inauditos actos, y serán para su mujer una poderosa defensa. Su Señoría pesará toda la gravedad de la calumnia; que ella arrebata a una inocente joven su vida entera. La alevosía que hay en toda la conducta de Mr. V... el género de sus imputaciones transmitidas por él con una publicidad escandalosa, la dificultad misma de la defensa en acriminaciones tales, el honor de la familia librado así a la palabra de un hombre como él, hará que la sentencia del señor Juez Eclesiástico tenga todo el carácter y todas las resoluciones capaces de poder dar un ejemplo a quien ha querido darlo de poderse violar impunemente las leyes de Dios y de la Iglesia, de las sociedades y de las familias.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

VIII

CAUSA DE DON SIMON HERRERA CON D. JOSE MARIA OYUELA

[SOBRE DEFECTOS SUSTANCIALES Y FORMALES DE UN EXHORTO Y LAS FACULTADES DEL JUEZ REQUERIDO PARA CONOCER EN LA CAUSA]

Los hechos o antecedentes de esta causa se expresan en el informe siguiente que hice ante la Excelentísima Cámara de Apelaciones.

* * *

Excelentísimo Señor

La causa cuya relación acaba de hacerse, aunque no presenta, por la cantidad de que se trata en ella, un motivo suficiente para llamar una especial atención de Vuestra Excelencia, dependen tal vez de su relación, intereses de mayor importancia que se ventilan en otro pleito semejante, que muy luego sin duda será puesta al conocimiento de Vuestra Excelencia. Don Simón Herrera cuyos derechos defiendo ha sido presentado en los papeles como un prófugo a quien se ha venido persiguiendo desde la ciudad de Tucumán con una requisitoria de aquellos Tribunales para que pague una cantidad de pesos que se dice debía. Parece ésto indudable desde que por autos del Juez de primera instancia y del Señor Camarista Juez de Alzadas se ha mandado que lo ejecute así en término de tercero día. A más pues del interés de la causa, se vería ya en ella el honor de una de las partes. Yo como encargado de la defensa de sus derechos manifestaré a Vuestra Excelencia que sólo una consideración de los jueces de esta Provincia hacia los Juzgados de la ciudad de donde se requiere, llevada a un extremo a que no debió llegar jamás, ha podido hacer que este asunto venga en los términos que se presenta a Vuestra Excelencia, cuando por el contrario no debió darse fe, ni crédito legal a las letras exhortatorias del Juzgado

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de Tucumán, ni mucho menos, despachar en virtud de ellos un mandamiento ejecutivo.

El respeto que se merece el Tribunal de Alzada de Tucumán y la presunción desfavorable a Herrera que arrostran tras de sí los autos apelados, me obligan para pedir de Vuestra Excelencia su revocatoria y manifestar el ilegal procedimiento de los Jueces de Tucumán, valerme de las leyes que hagan al caso, y de las doctrinas de respetables autores para lo cual al entrar en el examen de la causa pido especialmente la venia de Vuestra Excelencia.

Don José María Oyuela a nombre de don Juan Bautista Gómez demandó en la ciudad del Tucumán a don Simón Herrea, cobrándole la cantidad de setecientos y más pesos según constaba de un vale que Herrera reconoció ante el Juez de la causa. El Alcalde pronunció entonces el auto de solvendo. Herrera opone en seguida la excepción de pago probada con documentos, de los cuales constaba que por orden de dicho Gómez había entregado en Buenos Aires a don José Moyano, la cantidad de cuatrocientos sesenta y cuatro pesos más doscientos treinta y ocho pesos que el mismo Gómez había recibido de don Juan de Dios Villafañe por orden del apoderado de Herrera, don Pantaleón García; y cien pesos más que igualmente se le entregaron por don Hipólito Tula, dependiente de Herrera. Estas cantidades excedían setenta pesos a la suma que se cobraba.

Los documentos que los justificaban habían sido antes reconocidos por don Juan Bautista Gómez ante el Alcalde ordinario don Juan Zavaleta. Pidió entonces que dicho Juez certificase la verdad del reconocimiento que ante él había hecho Gómez, y el Alcalde que conocía de la causa hace lugar a la solicitud de Herrera y de esta providencia apela para ante la Alzada el apoderado de Gómez creyendo que se le ordinarizaba el juicio. En estas circunstancias trata Herrera de venir a este pueblo como antes lo habían ya hablado con el apoderado de Gómez. Hay Señor de ésto una prueba de que a otro objeto ha hecho mérito la parte contraria. El mismo Oyuela ha alegado en la otra causa un convenio hecho con Herrera para que unas pieles embargadas viniesen a consignación de Herrera y de don Calixto Oyuela a venderse de acuerdo de ambos en este pueblo. Por ésto es visto que el viaje de Herrera era ya determinado entre ellos y no en fuga como se ha dicho. Antes de emprender su marcha deja al escribano un boleto firmado para que extienda un poder a favor de don José María Libarona, y sea por descuido o ignorancia no fue a firmar la escritura. Emprendió su viaje con las licencias necesarias que se hallan presentadas en autos. La Alzada a los

pocos días de haber salido Herrera, confirma el auto de solvendo, y requiere puede decirse, acto continuo a las juntas de Buenos Aires diciendo que ha pronunciado sentencia definitiva. Algo de lo expuesto, Señor, no consta del testimonio que ha venido; pero éste será el primer motivo que en adelante exponga para negar la fuerza ejecutiva a la requisitoria de Tucumán; pero sí consta que por alguna causa se quiso ordinarizar el juicio y que solo estaba pronunciado el auto de solvendo, y que solo él era el confirmado por la Alzada. Requiere pues como he dicho, la Alzada de Tucumán con la confirmación del auto de solvendo, y se cuestiona ahora si el auto con el que se requiere trae aparejada ejecución como una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y en general, si las letras exhortatorias de un tribunal deben mandarse ejecutar sea cual fuere el mérito de la causa a que se refieran, y cualesquiera que sean también las excepciones que se pongan a lo definido por el Tribunal requiriente y a la provisión con que se pide su ejecución; y por consiguiente si los Tribunales de Buenos Aires sean o no meros ejecutores de los autos y pronunciamiento de los Jueces de Tucumán aunque no conste de la Justicia y legalidad de lo que exhorten, ni lo hagan en la pública forma que las leyes ordenan, y aunque vengan sus letras instruídas con los recaudos que determinadamente están prescriptos.

Como el único argumento en que se ha fundado la presente contraída, sea tomando la materia generalmente y diciendo que debe cumplirse por un Juez lo que se mande por otro, tengo necesidad de ocuparme de la requisitoria de un modo general y aún respecto a autoridades cuyos despachos y provisiones merecen más obediencia, si es permitida esta palabra, y demostraré que los Jueces nunca son meros ejecutores y que siempre que les conste la injusticia e ilegalidad de una ejecución que se les demanda, su noble y delicado oficio no puede jamás convertirse en el de los subalternos de los Tribunales, principalmente cuando el juicio no parece dado en la forma ordinaria, ni se les comunica con aquellas formalidades de ley.

El derecho jamás presume que las autoridades públicas exijan de los Tribunales una injusticia. Al contrario mientras más superior sea la autoridad de que procede, quieren las mismas leyes se les haga el honor de no juzgarse que el ánimo del Superior haya sido jamás exigir de los Jueces una cosa indebida. No era bastante entre los Romanos conseguir un rescripto del príncipe para que se ejecutase lo dispuesto en él. Podía haber en su impetración vicios que lo hicieran injusto y era necesario presen-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

tarlo al Juez, el cual debía citar y oír a los interesados, y con el competente conocimiento de causa, deferir a su ejecución si estaba debidamente impetrado.[1]

Siempre debían los Jueces arreglar sus pronunciamientos a las leyes a pesar de cualesquiera rescripto; pues en el caso que estuviesen opuestos a las leyes que regían en aquel asunto que hacía la materia de la cédula, se suponía que el ánimo del príncipe nunca había sido oponerse a ellas, como especialmente lo ordena el emperador Justiniano en una de sus novelas.[2] *Nos enim volumus*, dice, *quod nostrae volunt leges.*

En el conocimiento de la causa debía observar el Juez si era contrario el rescripto al derecho particular de un tercero y entonces debía dejarle sin efecto[3] con lo que está también conforme el derecho patrio como se ve en las leyes 30. 31. tít. 18. P. 3. Debía también el Juez no librar la ejecución de un rescripto siempre que en él constara que había sido alcanzado por una narración fraudulenta o ocultando el hecho que debía exponerse[4]; lo que igualmente está mandado por las leyes 36. 37 y 53. tít. y P. citada. Estaba obligado el Juez a inquirir con toda diligencia la verdad o falsedad de las súplicas, y no le era lícito evitar que los interesados arguyesen de falsedad en los rescriptos[5] *Universa rescripta sive in personam precantium, sive ad quemlibet judicem manaverint .. sub ea conditione proferri praecipimus si preces veritate nitantur*[6].

Su copia no probaba en juicio sino era sacada, citadas y presentes las partes, lo que también está dispuesto por el derecho real de España, como se ve una ley de Partida y por la Ley 182 del Estilo. No hago aquí Señor la historia inútil de un punto del derecho extraño de la cuestión presente. Vuestra Excelencia verá muy luego su exacta aplicación. Hace honor a la legislación de España el tít. 12. lib. 3º del ordenamiento real, y el tít. 14 lib. 4. de la Recop. sobre la ejecución de las cartas reales en perjuicio del derecho de algún súbdito. Puede asegurarse que por la Sabiduría de nuestras leyes nunca los Tribunales de Justicia han sido obligados a salir de aquella esfera correspondiente a la dignidad de la magistratura aún en el cumplimiento de lo que se

[1] L. 4, tít. 22; Lib. 2º, Cód.
[2] Novª 82, Cap. 13.
[3] L. 5, tít. 22; Lib. 1º, Cód.
[4] L. 21, d. Cód.
[5] L. 3º, íd.
[6] L. 7º, Cód. de divers. rescrip.

viera mandado bajo la firma y sello del Soberano. Las Leyes 3. y 4. del tít. 14. lib. 4 R. les mandan expresamente "que no cumplan las cartas reales en perjuicio de partes aunque deroguen la ley o fuero y aunque contengan las mayores firmezas que pudieran ponerse, y siendo sobre pleito en perjuicio de alguna de las partes aunque sean sobrecartadas, y aunque procedan. dice, de un poder absoluto puesto nuestra voluntad en que la justicia florezca y sea dado y guardado a cada uno su derecho y no reciba agravio ni por juicio alguno en su Justicia".

Después de ésto, Señor, ¿qué autoridad hay que pueda exigir que los Tribunales de Justicia ejecuten a ciegas lo que se les mandare aunque conste del mismo mandato o exhorto que se han ocultado sus antecedentes; aunque se vea que quita a un particular aquellos derechos más sagrados como lo son el orden de los juicios y el ser citado y oído para administrarle o negarle su justicia; y aunque se vea que contiene nulidades notorias y que se pide la transgresión de todas las leyes que han señalado términos y formas para la buena administración de justicia? Si ésto pudiese ser los Jueces no tendrían obligación de ver y examinar qué uso se quiere hacer de la autoridad pública que las leyes les han encomendado. No es ésto decir que los Tribunales de extraña jurisdicción se han de juzgar mutuamente. Hay un término adonde concluye el derecho de un Juez para pedir el cumplimiento de sus determinaciones, y donde principia el deber de los otros para arreglar también sus decisiones, no a la voluntad de otra autoridad aunque tenga un poder absoluto, sino a las formas y disposiciones de las leyes. Mas adelante, cuando tome directamente la cuestión, citaré Leyes expresas y doctrinas de respetables autores.

Las cartas ejecutorias que solo el Consejo podía dar y que después se permitió a las audiencias el librarlas, que se extendían siempre a nombre del soberano; que llevaran sello título y registro, no se mandaban sin embargo a ejecución sino iban despachadas en la forma y con todas las solemnidades que exige la Ley 114, tít. 15. Lib. 2. R. I. sino eran de causas fenecidas y dadas sobre sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. No era bastante el nombre real con que se encabezan, no era bastante el prestigio y poder del consejo, ni la autoridad y soberanía con que estaban investidas las Audiencias de América, para que las demás Justicias en toda la extensión del dominio español no pudieran negarle la ejecución, según se ve por la Ley 127 tít. 15. lib. 2. R. de Ind., siempre que hubiere causa para ello.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Respecto a las sentencias de los jueces, de los que no está librada ejecutoria, es bien sabido que no puede despacharse por ellos ejecución, si no han pasado en autoridad de cosa juzgada. Después que el Tribunal se ha pronunciado definitivamente, la ley quiere que pasen ciertos días para que el Tribunal Superior declare causa de la ejecutoria. La sentencia de un Juez por sí sola, admite mil excepciones legales que deben oírse antes de mandarse a ejecución. Un Juez a quien se pide ejecución por la sentencia de otro igual, si bien no puede llamar a juicio lo pronunciado y juzgado por otro, puede sin embargo tomar conocimiento de la causa para ver si por los trámites seguidos en el juicio, arroja la sentencia la presunción legal de ser justo lo mandado por ella. Puede admitir las excepciones que consten de la misma sentencia y siempre que vea alguna nulidad o injusticia notoria no debe despachar la ejecución sino remitirla, con lo que se exponga por las partes al Juez de quien proceden porque nadie debe según la ley recibir de sus jueces agravio ni perjuicio alguno en su justicia. El argumento contrario diciendo en general que los jueces sin examen de causa deben cumplir y mandar a ejecución lo exhortado y suplicado por otro al paso que exalta a los jueces, da por el suelo con la magistratura. Hoy cumple ciegamente lo que se le pide y otro día imparte sus órdenes a los Tribunales. Este no es el carácter que las leyes han dado a la Judicatura, porque a más de ser contrario a sí mismo sacaría a los Jueces de sus altas funciones y los reduciría a la clase de subalternos de Tribunales extraños. Este argumento solo es notable porque demuestra que la parte contraria no ha querido en manera alguna que los Tribunales de esta ciudad se fijen, cuando no en lo esencial de la causa, a lo menos en los términos en que se requiere por la Alzada de Tucumán, y porque de lo poco que ha venido en testimonio resulta manifiestamente la nulidad y la injusticia con que se ha procedido. A lo menos, por lo que dejo expuesto de un modo general, no se me negará que habiendo ya por fortuna presentádose este asunto ante la Excelentísima Cámara de Justicia de Buenos Aires, pueda con mayor razón que las demás justicias tomar conocimiento de unas letras que para Vuestra Excelencia no son sino suplicatorias, y como encargado especialmente de velar en la administración de Justicia no permitir que, por una consideración llevada más allá de lo que las leyes exigen se le quite el derecho a un ciudadano que vive bajo la protección de las leyes, de cuya aplicación está encargado Vuestra Excelencia y mucho más cuando las letras exhortatorias proceden de un Tribunal que no ha tenido capacidad legal para pronunciarse en los términos que lo ha hecho, ni para encargarse

de la ejecución de lo que ha dispuesto, como muy luego lo demostraré.

Por la relación del expediente verá ya Vuestra Excelencia que don Simón Herrera, a quien como se ha dicho, se ha venido siguiendo con una requisitoria de la Alzada de Tucumán, no había abandonado el juicio. Si aquel Tribunal no hubiese obrado con la precipitación que se ve en el expediente ¿cómo se le hubiera tratado de rebelde cuando ni una sola citación se le ha hecho, ni podía hacérsele, pues que antes de llegar a este pueblo ya estaba librada la requisitoria? Todo podía haberse subsanado si la Alzada de Tucumán hubiera permitido al apoderado de Herrera aquellos medios que se indican en semejantes casos aunque no hubiese sido sino hasta su vuelta. Todo el mundo sabe que cuando un poder es dudoso o mal hecho no debe por eso repelerse, porque hay el remedio de la fianza, *rei ratam dominum habiturum* como especialmente lo manda la Ley 21. tit. 5. P. 3. Sin tener presente ninguna de estas consideraciones y viendo al contrario que la salida de Herrera del Tucumán no era por dejar desamparado el Juicio, lo juzga aquel Tribunal en rebeldía. Pero estos juicios tienen también sus formas tan precisas y determinadas como todos los demás, y su inobservancia hace nulos y de ningún valor los autos y sentencias que se dieren sin los requisitos que expresamente determinan las leyes. El haberse venido Herrera sin firmar el poder es lo único al parecer con que quieren excusarse los procedimientos de la Alzada de Tucumán; pero aún en este caso y extendiéndolo a todo lo que mira en él la parte contraria debía citarse a Herrera según lo manda expresamente la Ley 9. y 10. tít. 22. P. 3. Vuestra Excelencia ve que desde el día del pronunciamiento de la Alzada hasta que se libró la requisitoria sólo habían pasado seis días. Por consiguiente con ésto solo está demostrado aunque no constara como consta de autos que la Alzada de Tucumán no ha puesto en ejercicio trámite alguno de lo que mandan como esenciales para los ausentes o rebeldes la Ley 3. tít. 10. lib. 4. R. y la L. 1ª tít. 11 del mismo libro ni menos lo que ordenan las Leyes del tít. 7 y 8. de la P. 3ª. A un Juez no le basta decir que ha juzgado guardando todas las formas de los juicios para que ya se le crea contra lo que manifiestan los autos. Sobre ésto deben hacerse cosas positivas que si se han omitido y si no se demuestra que se han practicado, nada vale lo que el Juez diga contra sus mismos actos judiciales. Vuelvo a decir, Señor, que los ausentes; no diré ausentes, los prófugos tienen también por la sabiduría de nuestras leyes derechos; y hay trámites para seguir y substanciar sus causas.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

No le basta a un Juez decir en una carta requisitoria que ha juzgado según derecho, cuando del mismo exhorto se ve que ha sido todo lo contrario, como sucede en el presente caso. A diferencia de los juicios ordinarios; en los juicios ejecutivos, deben librarse tres requisitorias, para que se tenga por firme la sentencia definitiva. Requisitoria de citación, requisitoria de estado de la causa, y requisitoria de remate. Omitir todas estas prácticas esenciales como las ha omitido la Alzada de Tucumán, induce nulidad notoria en todo lo que se hubiera obrado.

Pero hay más, Excelentísimo Señor, la Alzada de Tucumán ha impedido positivamente que la causa siga los trámites ordinarios del juicio y se ha avocado de hecho su ejecución inhibiendo al Juez de primera instancia. Consta por el testimonio del expediente pronunciado por el Alcalde ordinario, el auto de solvendo. La Alzada lo confirmó por su auto de 14 de agosto. Sea lo que fuere de la justicia de este pronunciamiento ¿por qué la Alzada de Tucumán quita todos los trámites ulteriores del juicio deteniendo la causa y requiriendo ya a las justicias de este pueblo? Confirmado el auto de solvendo la Alzada debía devolver la causa al Alcalde ordinario para la secuela del juicio, según está mandado por las Leyes 21. Tít. 12. Lib. 5. de Indias y por las 6. y 7. lib. 4. tít. 17. R. Mas adelante yo demostraré que con la confirmatoria del auto de solvendo no podía requerirse pidiendo ejecución y que ésto solo puede tener el efecto de citación, pero aunque la Alzada lo hubiese reputado como sentencia definitiva por las leyes citadas, la ejecución correspondía al Juez de primera instancia y de ningún modo podía la Alzada encargarse de ella. Esto no es un orden indiferente en los juicios, y mucho más en el presente. Si la Alzada, como debía hacerlo hubiese devuelto la causa al Juez de primera instancia la parte que defiendo hubiese tenido todos los términos y recursos ordinarios para probar sus excepciones y para quejarse de la sentencia definitiva si le hubiera sido adversa. No estaba en manos de la Alzada de Tucumán, como no está en la mano de ningún tribunal quitar a unas de las partes los recursos y términos que las leyes señalan para los juicios, y haciéndolo la Alzada de Tucumán con la retención de la causa y con la requisitoria que en seguida libró no puede negarse que hay una nulidad notoria en este procedimiento y en la parte que más recomiendan las leyes que es el orden de los juicios. Con ésto puede decirse que la Alzada de Tucumán no ha podido librar la requisitoria que motiva este asunto. Probaré ahora que la Alzada de Tucumán no ha tenido como lo dije capacidad legal para pronunciar el auto con el que requiere y por consiguiente que

no tiene valor ni fuerza alguna la requisitoria por la que se pide ejecución.

Confirmado, por la Alzada el auto de solvendo, suplica de él el apoderado de Herrera y no se le hace lugar al recurso por no haber debidamente legitimado su personería. Pide entonces que ventilándose un punto de derecho se asesore la Alzada, como es de ley para resolver si el boleto firmado por Herrera y entregado al escribano, podía considerarse como un poder apud acta a lo menos hasta que Herrera pudiese enmendar el descuido que había habido. La Alzada corre traslado a Oyuela y pasando el Escribano a comunicárselo no lo encuentra por haberse venido ya a Buenos Aires con la requisitoria de aquel Tribunal. Todo consta del documento público presentado por Herrera; ¿estaba o no pendiente, preguntaré ahora la fuerza del auto de la Alzada, cuando aquel Tribunal libró su requisitoria? ¿Había pasado ya en autoridad de cosa juzgada y estaba el pleito concluído y fenecido para poder librar una carta executoria o una requisitoria de ejecución? Todavía se trataba nada menos que de una calidad esencial para la validez del auto de Alzada. Vuestra Excelencia advertirá ya que aquellos jueces no son profesores del derecho. Por lo tanto sus pronunciamientos sobre la fuerza ejecutiva de los documentos y en general sobre la legalidad de las excepciones que se pongan no tienen fuerza alguna, ni con ellos puede requerirse si no se ve que han sido asesorados. Aunque no fuese sino la ley y práctica de aquella provincia, bastaba para que los autos de la Alzada, confirmando o revocando el auto de solvendo, declarando o negando la personería del apoderado de Herrera, debiesen ser asesorados por ser sobre puntos de derecho. Si la Alzada de Tucumán se hubiese arreglado al derecho, habría nombrado asesor en la causa pues que así lo mandan las Leyes 1. y 2. tít. 21. P. 3. y la Real Cédula de 13 de Mayo de 1766 para América. Los asesores hoy en los pueblos interiores en conformidad de lo dispuesto para los Alcaldes Ordinarios por las Leyes de Indias no tienen es verdad jurisdicción, pero en los puntos de derecho su dictamen es tan esencial que la mayor excepción que puede ponerse a la sentencia de un alcalde es que no está asesorada, y jamás se pronuncia ni menos se manda a ejecución sin este requisito preciso y esencial.

No me pararía, Señor, en solemnidades omitidas si ésto no hubiese causado los apremios con que luego se ha querido proceder contra don Simón Herrera. Si en la causa hubiese intervenido un letrado ¿cómo es posible que le hubiera negado la personería al apoderado de Herrera, y no la hubiera admitido siquiera

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

bajo la fianza de la ley? ¿Cómo es posible que confirmado el auto de solvendo hubiese detenido la causa, y encargado su ejecución cuando aún no estaba en estado? ¿Cómo es posible que hubiese aconsejado se librase una carta requisitoria de ejecución antes de definirse el negocio y cuando aún estaba conociendo de la validez del auto con que se ha requerido?

Hay en el expediente un título mas poderoso para que no se mande a ejecución la requisitoria de Tucumán y es el mismo auto con el que se requiere. Me veo obligado, Señor, a demostrar algunas inexactitudes de un Tribunal que por otra parte puede ser muy respetable, pero lo haré solo, en defensa de los derechos de la persona que defiendo. La Alzada de Tucumán principia la requisitoria diciendo que ha sentenciado definitivamente en esta causa. Señor, ésto es una equivocación solemne de aquel Tribunal, pero equivocación de donde ha nacido el pleito presente. El Juzgado de primera instancia, después de reconocido por Herrera el documento por el que se le demandó, pronunció el auto de solvendo; ya se ha visto por qué y de qué modo pasó a la Alzada, la cual por auto de 14 de agosto lo confirma que es lo que llama sentencia definitiva. ¿Quién ha dudado jamás que en el juicio ejecutivo el auto de solvendo sea un auto interlocutorio, que es el principio del juicio lejos de ser su conclusión? La causa no puede llamarse definida hasta la sentencia de remate; pero la Alzada de Tucumán por una inteligencia inexplicable le da fuerza de definitivo y de un golpe quita todos los trámites del juicio ejecutivo y libra una requisitoria de ejecución. Los autos interlocutorios mandados en requisitoria, es doctrina común que no pueden tener sino efecto citatorio, y la razón es bien clara, porque si por ellos se pudiera librar una requisitoria de ejecución no serían ya interlocutorios sino que habrían definido la causa para causar ejecutoria. Ellos pudiendo ser enmendados por la sentencia definitiva no pueden recibir ejecutoria cuando aún estaba pendiente ante el Juez requirente, y aún más podría el ejecutado ser absuelto por la sentencia definitiva en virtud de haber probado sus excepciones en los días del encargado y al mismo tiempo haber sido definitivamente ejecutado en virtud de una requisitoria de ejecución librada por un auto de solvendo. Hay sobre ésto también determinaciones expresas. La L. 89, tít. 15. lib. 9. de Indias exige que las cartas ejecutorias sean precisamente de pleitos definidos. La L. 5. tít. 7. lib. 2. R. de C. ordena que las ejecutorias dadas en una jurisdicción se ejecuten en otra, siendo como dice la Ley de pleito fenecido y acabado. Luego un auto que no ha concluído el pleito no puede recibir ejecutoria, y en el caso de

librarse pueden negarle su cumplimiento los jueces a quienes se presente por ser contra ley expresa y permitirlo el derecho como se ve por la Ley 127. tít. 15. lib. 2. de Indias. No siendo la carta ejecutoria sino un instrumento de las sentencias definitivas y autos del pleito despachado por el Tribunal Superior, o por el ministro semanero es claro que no puede librarse sino sentencias definitivas. ¿Y quién ha dudado hasta ahora que las sentencias que traen aparejada ejecución son las sentencias definitivas pasadas en autoridad de cosa juzgada? Lo dicen expresamente la L. 19. tít. 22. P. 3. las Leyes 1. y 2. tít. 27 de la misma partida y las Leyes recopiladas del tít. 17. lib. 4.

Por el auto con que requiere la Alzada de Tucumán no se concluyó allí la causa, suponiéndole toda la validez posible era solo un auto confirmatorio del auto de solvendo del Juzgado de primera instancia, por consiguiente tenía Herrera los diez días del encargado para probar la excepción de pago que había puesto justificada ya por varios documentos y los recursos que correspondiesen de la sentencia de remate. ¿Por qué pues, si Herrera gozaba allí de estos términos y recursos legales, se requiere a los jueces de extraña provincia para que ejecuten el auto de solvendo como una sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando allí este auto no concluía ni definía la causa? Siendo un auto que en Tucumán no tiene fuerza definitiva ¿cómo se quiere que los Jueces requeridos le den más valor y hagan lo que no hubieran hecho ni podían hacer los jueces requirentes? Es esta parte Excelentísimo Señor tan esencial en esta causa que aunque en el procedimiento de la Alzada de Tucumán no se notase otra falta legal que haber requerido con un auto interlocutorio como de una sentencia definitiva era suficiente para retener su letra, porque en este vicio puede decirse se incluyen todos, pues si el auto de la Alzada se mandase a ejecución en este pueblo, tendría más valor que las mismas cartas reales, supuesto que por ellas como lo he demostrado al principio, no pueden librarse ejecución contra un tercero sin citación y audiencia de él, ni pueden allanarse los términos y formas de los juicios en daño de una de las partes, ni mucho menos, tácitamente abolir el fuero y el derecho expreso dando más fuerza a una providencia que la que por las leyes tiene, y haciendo a los tribunales superiores e inferiores meros ejecutores de un exhorto ilegal.

Creo, Señor, haber dicho lo bastante para demostrar que no puede darse cumplimiento a la requisitoria de la Alzada de Tucumán por las nulidades manifiestas que ella contiene. Hay sin embargo otra causa tan poderosa como las que he alegado para

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pedir la retención del exhorto de la Alzada de Tucumán y es la falta de las solemnidades intrínsecas y extrínsecas que a una vista se noten en la requisitoria.

Las solemnidades que el derecho ha ordenado no son meras formas que cualquier Juez puede despreciarlas. Las más veces como en el caso presente tienden principalmente a asegurar el derecho de las partes de cualesquiera arbitrariedad, o salvar la dignidad de los magistrados en la fe que deben prestar a lo mandado por las justicias de otra jurisdicción o en la ejecución de las sentencias cuyo cumplimiento se les reclame. La requisitoria que motiva este asunto apenas se conoce que no ha venido de oficio pues que ella no contiene como no debe contener el pedimento en que se solicita, y el auto por el que se manda librar. No viene tampoco legalizada con las comprobaciones de uso y práctica para todo lo que se remite de extraña jurisdicción. Las ejecutorias dice el Sr. Elizondo aunque son despachadas por Tribunales tan respetables como las Audiencias y Chancillerías necesitan comprobarse o consentirse para mandarse a ejecución.[7] A ningún documento, ni a un simple poder se le da fuerza si viene como la requisitoria de Tucumán sin comprobación alguna. Me refiero en ésto a la práctica diaria de los Tribunales de este pueblo. ¡Cuánto menos podrá darse fe y crédito para librar por ello una ejecución! Pero no es ésto solo, Excelentísimo Señor. El testimonio del expediente, es preciso que lo diga o los jueces de la causa, ya que pesó sobre mí esta obligación, aunque ceda en mengua del saber o de la conducta de un Tribunal por otra parte muy respetable; el testimonio del expediente se ha sacado subrepticiamente, ocultando los documentos que comprobaban la excepción de pago puesta y alegada por Herrera contra la obligación por la que se pedía ejecución. Algo apenas se deja advertir sobre excepciones opuestas; pero habiendo documentos presentados de pagos hechos a la parte de Oyuela no puede atinarse el motivo por que se han silenciado, y no se ha hecho ni una mera relación de su contenido. Desde que el testimonio no ha venido por traslado a la letra, se debe suspender el cumplimiento del exhorto cuando una parte alega que se ha sacado obrepticiamente silenciando los documentos más importantes que hacían a su derecho. Si en los rescriptos de los príncipes este vicio era suficiente para suspender su cumplimiento, como lo he demostrado ¿qué deberá decirse de la requisitoria de la Alzada de Tucumán que, versándose sobre un asunto litigioso, debía instruir al Juez requerido

[7] Tom. 3º, pág. 221, nº 45.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

a lo menos de lo principal del asunto para que despachasen la ejecución que se le pedía? Para que la requisitoria vinese en pública forma y mereciese el crédito suficiente, debía a más de las solemnidades externas, venir con el testimonio del expediente que la motivaba sacado por traslado a la letra o de otra manera equivalente. La L. 123. tít. 15. lib. 2. de Indias ordenó lo siguiente: "Cuando las Audiencias de las Indias, en los casos que lo deban y pueda hacer remitiesen pleitos al Consejo, sea por traslado a la letra autorizada con pública forma no diminuto en relación ni falto de lo substancial".

La L. 114 del mismo título y libro, dice así: "Las ejecutorias que por nuestras audiencias fuesen despachadas se ponga relación de la demanda y excepciones de las partes y las sentencias de los jueces y autos del proceso y otras cualesquier escrituras que sean substanciales y necesarias de forma que vayan como convenga y no se dé causa, de modo que por dejar de ponerse los instrumentos necesarios hayan de volver las partes a seguir los pleitos". Si tales solemnidades estaban prevenidas para que mereciesen fe las provisiones de unos tribunales tan poderosos y respetables como lo eran las Audiencias de América, no puede ciertamente dispensarse de ellos la Alzada de Tucumán; principalmente cuando se le opone a su provisión que está despachada con el vicio de obrepción en la parte más principal del expediente.

Desde que he probado con una ley expresa lo que debe contener una ejecutoria, me juzgo dispensado de demostrar de lo que debe componerse una requisitoria de ejecución. Sus solemnidades serán cuando menos iguales a las de las cartas ejecutorias que despachan los tribunales superiores como lo dice el señor Covarrubias, Carleval, Febrero y Salazar. Las palabras de este último son muy del caso por lo que me permitirá Vuestra Excelencia transcribirlas. En las requisitorias de ejecución, dice en la notificación de estado, y en la de citación de remate, debe insertarse el instrumento, las excepciones, el mandato. Todas las requisitorias, continúa, deben estar justificadas para darles el cumplimiento. Si sucediese lo contrario, a la más ínfima oposición que hiciese la parte contraria a quien se dirige, diciendo, que tenía que excepcionar ese asunto a su retención, declararía el Juez no haber lugar al cumplimiento por defecto de solemnidad como lo he visto practicar en mi tiempo.[8] Compárese ahora la disposición de la Ley de Indias citada y la doctrina de estos autores con la requisitoria de Tucumán y verase que no puede por ella librarse

[8] 1ª Part., pág. 39.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ejecución aunque fuese como no lo es, de sentencia definitiva y de pleito acabado y fenecido.

Estas son, Excelentísimo Señor, las excepciones que ha puesto y opone la parte que defiendo para pedir la retención de la requisitoria de la Alzada de Tucumán. No se dirá que he llamado a juicio su pronunciamiento pues que nada he dicho sobre la admisión o no denegación de la excepción de pago puesta a la obligación de Gómez. Se ha contestado a todo ésto, que siempre debe cumplirse el exhorto por el Juez requerido. Aunque en general tengo expuesto lo suficiente para probar que los Tribunales deben tomar conocimiento de la causa para despachar la ejecución que se les demanda, sin embargo, contraído ahora al caso presente, concluiré la demostración que dejé pendiente al principio manifestando que Vuestra Excelencia y cualesquiera otras justicias pueden y deben conocer de las excepciones que se han puesto a las requisitorias de Tucumán y deslindaré con este motivo, los derechos y deberes del Juez requirente y del Juez requerido.

Desde que se ha demostrado que no solo las requisitorias sino también las cartas ejecutorias y los rescriptos de los príncipes deben despacharse instruidos y con todos los recaudos que exigen las leyes que antes he citado, es probado por ésto que los jueces a quienes se presente una requisitoria o carta ejecutoria deben tomar el conocimiento preciso de la causa para mandarla a ejecución. De otro modo no tendría objeto la transcripción de los documentos que deben acompañar al exhorto ni habría necesidad de que fuese el testimonio del expediente, y cualesquiera que se dijese Juez le bastaba decir que había sentenciado definitivamente un asunto, sin necesidad de otra cosa alguna, para que en su virtud se despachase ejecución. Esto se ve que es contrario al espíritu de las leyes que han determinado las formas y documentos de que debe constar una requisitoria o carta de ejecución.

La ley Romana decía *si exectio mandatur, de veritate preecum inquiri opostet*. Las requisitorias que se despacharen dice la Ley 3. tít. 16. lib. 8. R. deben ejecutarse por el Juez requerido cuanto por fuero y por derecho deba. Luego el Juez requerido no es mero ejecutor del Juez requirente. Luego no debe tan solo, por ser requerido, librar una ejecución que es contra derecho, dice el señor Elizondo, es aquel a quien compete por la ley la facultad de reconocer la validación y justicia, del auto ejecutivo, no para anularle o revocarle, y sí para prestar o denegar su auxilio, como por ejemplo, cuando ha de hacerse la ejecución en otro

territorio que aquel en que se despachó, para cuyo caso toma un conocimiento previo sumario de justificación el Juez requerido o para auxiliar o para retener el exhorto.[9] Todos saben también que hay dos clases de ejecutoria, mero y mixto ejecutor. La primera, la componen los subalternos de los Tribunales que no son sino sus vicequerentes y no pasan de la esfera de puros y desnudos ministros del magistrado y lo segundo los jueces ordinarios requeridos por otros o a quienes se encomienda la ejecución de una sentencia. Los primeros deben cumplir lo que se les mande por los jueces del pleito; pero los segundos no deben hacerlo sin previo conocimiento de la causa. Esta ha sido constantemente la práctica de los tribunales de España.[10] Ante el Juez requerido pueden oponerse aquellas excepciones que podían deducirse ante el Juez requirente. Aún puede oir aquellas excepciones que miran el mérito de la causa como la de nulidad no para definirlo, sino para saber si obstan o no a la ejecución que se pide. Si ellas fuesen legales suspende la ejecución; no las decide, pero devuelve la requisitoria sin ejecutarla librando la decisión de ellos al Juez requerido.[11] Y en verdad, Señor, la letra y el espíritu de las Leyes ha sido siempre que la Justicia florezca y sea a cada uno guardado su derecho. Si los mandatos mismos de los Emperadores Romanos llevaban precisamente esta cláusula y si todo el poder absoluto de los Reyes de España no era bastante para hacer ejecutar una orden contra el derecho de un particular ¿qué deberá pues decirse en un caso como el presente en que al primer examen aparecen las nulidades más clásicas en todo lo obrado? ¿Qué deberá decirse de la requisitoria de un juzgado de Tucumán que no tiene siquiera aquellas solemnidades externas que acrediten la autoridad del que la libra? ¿Qué deberá decirse cuando se pide ejecución con un testimonio trunco de los documentos principales presentados por una de las partes, cuando se le pone la excepción, que debería haberse dado lugar a deducirse que tal testimonio es sacado obrepticiamente? ¿Qué importancia ni qué consideración merece una requisitoria que por sí misma hace ver que el Juez que la libra ha impedido de hecho los trámites comunes del juicio que el auto con que se requiere no se ha hecho saber a la parte, ni se ha dejado correr los términos señalados por las leyes para que pasen en autoridad de cosa juzgada; cuando se dice que es dado en rebeldía, y el mismo testimonio del expediente manifiesta que no se ha declarado tal rebel-

9 Tom. 3º, pág. 19, n. 12.
10 CARL., Disp. 2ª, tít. 1º, nº 761.
11 CARL, tít. 3º, Disp. 17, nº 11 y siguientes.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

día; si se ha seguido el juicio como las leyes lo ordenan; cuando se pide la ejecución de un auto interlocutorio, el 1º en el pleito como de una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y que ha causado ejecutoria, y finalmente cuando el mismo Juez requirente estaba conociendo después del exhorto de la validez misma de su sentencia. Estas son, Señor causas bien poderosas para esperar que Vuestra Excelencia, revocando los autos apelados, se sirva mandar retener el exhorto de la Alzada de Tucumán.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

IX

CAUSA DE DON MANUEL HAEDO CON DON LORENZO URIARTE

[RECURSO DE NULIDAD E INJUSTICIA NOTORIA ACERCA DEL ALCANCE DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS DEL ADMINISTRADOR]

Don Manuel Haedo seguía un ruidoso pleito contra don Lorenzo Uriarte padrastro de su mujer pidiéndole el pago de los valiosos capitales de que se había apoderado sin ser tutor de los menores hijos del primer marido de su mujer. La Cámara recibió la causa a prueba. Uriarte reclamó de esta providencia, y entonces el Tribunal declaró que la prueba solo había de darse de hechos que don Manuel Haedo no hubiese sabido o podido *saber*. De este auto entabló Haedo el recurso de injusticia notoria y presentó el siguiente escrito.

* * *

Estábamos tratando de lo principal de la causa, cuando Vuestra Excelencia la mandó recibir a prueba devolviéndola al efecto al Juzgado de primera instancia. Uriarte, que temía con demasiada razón ver puesta su conducta en un punto de vista que lo haría un ejemplo de los malos administradores, suplicó de este auto, que todo hombre honrado lo hubiera buscado y pedido. La Excelentísima Cámara en revista no solo ha reformado la sentencia interlocutoria de vista, sino que me quita derechos positivos antes del pleno examen de la causa y su pronunciamiento repele de un modo definitivo alguno de los capítulos de mi escrito de foja 179, y lo hace de un modo tan oscuro, que causa la nulidad de dicho auto, y a más, su notoria injusticia porque priva a mi parte de acciones antes de estar substanciada la causa, y aún le priva de pruebas que pueden tender a aclarar no solo sus derechos, sino la conducta de un administrador que por autoridad propia se tomó cuantiosos bienes de una testamentaría y los disipó dolosamente como había ofrecido yo probarlo. Es pues definitiva la sentencia de revista por lo mismo que no hace lugar a probar hechos que mi parte haya sabido o haya podido saber,

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

por consiguiente hay derechos y acciones definitivamente repelidas que no podría deducir en ningún Tribunal. Así Señor, al principio del juicio, y como si se hubiese tratado de una excepción perentoria bajo la apariencia de un auto interlocutorio de prueba, se deniegan a mi parte algunas de las acciones deducidas. Esto me ha obligado a entablar el recurso de nulidad e injusticia notoria porque ambas cosas aparecen del tenor mismo del auto revistado.

Una sentencia no solo puede ser nula por la inobservancia de alguna forma esencial en el Juicio, sino también por relación a lo que ella contiene, o por la forma en que ella está pronunciada. La sentencia es el último acto del juicio, y la que no lo concluye y define no tiene carácter, ni puede por lo tanto pasar en cosa juzgada. Nuestras Leyes mandan a los Jueces averiguar la verdad y sentenciar definitivamente los pleitos. Es inútil decir que éste es el objeto de todo el juicio, que los pleitos se acaben. Pero aquellas sentencias que lejos de terminarlos dan un motivo de eterna disputa, que nada resuelven, o que lo hacen oscuramente, ni son tales sentencias, son nulas por el derecho, por lo mismo que no concluyen el pleito. El auto revistado de Vuestra Excelencia está en este caso. Pone a ambas partes en la necesidad de explicarlo perpetuamente, porque no determina los hechos cuyo prueba niega, ni clasifica las acciones que reserva ni aquellas tampoco que deniega. El último escrito de la parte contraria hace ver cuán cierto es ésto, cuánta extensión puede dársele al auto de revista. Don Lorenzo Uriarte que resistía la prueba de su mala conducta, para el cual nada era hablarle de las víctimas que ella había causado, y de la inmensa cantidad que se había tomado, y aún pretendía tomarse de la testamentaría de Monasterio, se cree ya libre de todo cargo, y aunque sin una sentencia que abone la dilapidación de la testamentaría de Monasterio, juzga que a lo menos un silencio eterno debe cubrir toda su mala versación, y que don Manuel José de Haedo no tiene ya acción para pedir y cobrar cosa alguna. Este triunfo aunque negativo, si no satisface a su honor, satisface a lo menos a la realidad que él pretende. A juzgar por lo que él dice, el pleito está terminado, al mismo tiempo que se confirma el auto de prueba. Cada uno ciertamente tiene derecho para interpretar, para extender o restringir dicha sentencia de 7 de Junio que no ha podido hablar de acciones, concederlas, o negarlas cuando aún no estaban plenamente discutidas ni probadas; que no las determina y que las envuelve con el velo de *haber sabido o podido saber mi parte* los hechos de donde resultaban. Una sentencia redactada en esta

forma, lo repito, es nula en el derecho. Pongamos los ejemplos de pleitos sobre cantidades.

El jurisconsulto Paulo en libro 5º sententiarum tit. 5º pone el ejemplo de una mujer que disuelto el matrimonio repetía su dote, y el de la sentencia que lo terminaba mandando al marido *solve quae bona accepisti,* y dice, *Haec sententia, quae bona accepisti, solvae: cum incertum esset quid accepisset cuantumcumque ab eo preterctur; judicate auctoritate non nititur* [1] Y la razón es clara porque toda sentencia debe concluir de un modo positivo y limitar las cosas en términos ciertos. *Potestatem sententia certis finibus concludi saepe constitutum sid,* dice otra ley del Código.[2] Ulpiano en la Ley 59. lib. 42. tit. 1. Dig. pone otro ejemplo de las sentencias dudosas o que no resuelven las cosas de un modo positivo declarándolas por nulas y de ningún valor. Si un Juez sentencia una causa de esta manera "Páguense los réditos si se deben, o los que deban" es nula dicha sentencia porque no los resuelve, porque no los determina, y porque aún deja un pleito sobre los réditos. *Debent,* les dice a los jueces, *certam facere condemnationem.* El código nos pone otro caso de una sentencia nula por no determinar bien la cosa, o la cantidad que se juzga. Si un Juez condenando a pagar una deuda manda que pague con los correspondientes réditos la ley dice que no puede jamás pasar en autoridad de cosa juzgada. *Haec sententia omnem debiti quamtitatem cum usuris competentibus solve* [3] *judicati actionem praetare non potest.*

Compárense estos ejemplos de sentencias nulas con el auto pronunciado por Vuestra Excelencia. Si la una se declara nula porque manda pagar los réditos correspondientes sin expresar el Juez cuáles sean, Vuestra Excelencia niega la prueba de hechos que mi parte *haya sabido o podido saber.* Si una sentencia es nula porque después de ella es preciso crear un juicio para saber el importe de la condenación, con más razón debe serlo la de Vuestra Excelencia porque es preciso crear dos. Primero, de los hechos que mi parte haya sabido. Segundo, de los hechos que haya podido saber. Esta segunda parte del auto de revista comprende actos morales más difíciles de juzgarse que lo que puede ser el liquidar una cantidad o unos réditos. El *podido saber* en el derecho significa lo que es público de toda notoriedad, lo que independientemente de las actitudes personales de los que liti-

1 L. 4º, Cód. de sententia quae sine certa quantitate.
2 L. 7º, tit. 45 Lib. 7, Cód.
3 L. 3º, Cód. de sententia quae sine certa quantitate.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

gan, de sus relaciones, de sus conocimientos, puede saberlo cualquiera del Pueblo. Para determinar cuáles hechos *ha podido saber* don Manuel José de Haedo sería preciso suponer que la administración de Uriarte era pública y conocida de todo el mundo. De otra manera tendremos necesidad de examinar y discutir en un otro juicio si don Manuel José de Haedo estaba o no aquí cuando sucedían esos hechos. Si por sus relaciones podía saberlo: si lo podía yéndoselo a preguntar a Uriarte. En fin Señor, el poderlo saber es una cosa tan indeterminada, tan incierta, y se presta a tantas e innumerables cuestiones que sin duda alguna es nula y de ningún efecto la sentencia que hace nacer o fenecer las acciones así generalmente de los hechos *que haya sabido o que haya podido saber* el demandante. Yo sé que no es preciso que el Juez exprese la cantidad que condena a pagar a una de las partes para que valga la sentencia, siempre que en ella se refiera o a la demanda o a la cantidad que conste de algún documento que exista en autos, y no que se pueda o deba averiguar por un juicio posterior, "*Si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa.*[4] Cujacio comentando dicho título dice al principio que únicamente se debe juzgar por cantidad cierta, o cualidad cierta de una cosa, no solo expresado nominalmente en la sentencia, sino también si se entiende o se puede saber por el contrato o por algún otro documento, o acto que esté en el proceso. Una sentencia que condenase a una cantidad que fuese preciso averiguar su suma por testigos, o por otro género cualquiera de prueba sería nula, porque cuando más permiten las leyes que se refiera a instrumentos que se hallen en los autos seguidos donde esté expresada la suma. No es ésta Señor una doctrina fuera de razón, y tampoco la de una Ley que no nos obliga, es nada menos que el texto expreso de la L. 16. tít. 22. P. 3a. que pondré a la letra porque especialmente es la que no se ha observado en el auto de revista, y por la que pido que declare nula la sentencia de Vuestra Excelencia. "*Mas si en los autos,* dice al final, *que pasaron ante el Juzgador non se fallace cierta demanda; tal juicio en que non nombraba señaladamente la cosa o la cuantía sobre que se daba, non sería valedero*". Cito esta parte de la Ley antes de copiarla íntegra, porque en el verso copiado se demuestra que cuando el Juez se refiere en su sentencia dando o quitando algún derecho, debe cuando menos estar en los autos seguidos ante él, el instrumento o cualquier otra cosa que haga cierta la sentencia. Pero el Superior Tribunal, cuando le quita a

[4] L. 3º, Cód. de sententia quae sine certa quantitate.

mi parte alguna de sus acciones sin expresar cuáles, lejos de referirse a algún punto fijo en los autos, manda que no se admitan pruebas de los hechos que Haedo *haya sabido o podido saber,* y como una consecuencia de ésto no hace lugar al todo de mi demanda, sin expresar qué parte debo probar, y cuál queda repelida definitivamente, pues como se ve en la providencia de 25 de Junio unas acciones se reservan a Haedo y otras se le deniegan.

Los ejemplos tomados en los Códigos Romanos están fundados en los principios de derecho y son hoy el texto de nuestras Leyes. Ellas ejemplarizan principalmente con cantidades, pero haciendo ver siempre que los juicios y las acciones deben quedar terminadas y nunca causa una prueba o una discusión para cumplir la sentencia. La letra de la ley citada de Partida reúne casi todos los que se encuentran en los códigos Romanos, y ella hará ver la completa nulidad que encierra el auto de Vuestra Excelencia, por negarle a mi representado la prueba de hechos *que haya sabido o podido saber;* por negarle o reservarle acciones que no se expresan y finalmente por repeler en parte una demanda que consta de diez artículos diversos, sin decir cuáles debo probar, y sobre cuáles no tiene ya Haedo acción alguna. La ley dice así: "Otrosí decimos que cuando los Juzgadores no dicen ciertamente en juicio la cosa o la cuantía de que condenan o quitan al demandado, mas dicen así, mando que el demandado pague o entregue a fulan lo que demandó ante mí, o condenolo en la demanda que fue hecha contra él, o quitolo de ella; o tengo por bien que no de lo que él demanda; o pusiese en un juicio otras palabras semejantes de éstas por las cuales se puede ciertamente entender que el demandado es quito o vencido por juicio de la demanda; en tal razón como ésta, si fuere callado escrito en los autos la cosa o la cuantía sobre que era la contienda, que entonces el juicio que fuese dado en alguna de estas maneras sobredichas sería valedero. Mas si en los autos que pasaron ante el Juzgador non se fallare cierta demanda, tal juicio que non nombraba señaladamente la cosa o la cuantía sobre que se deba non sería valedero".[1]

El texto citado hace ver que es nula la sentencia por la que el Juez condena sobre una referencia que no está en los autos seguidos ante él; que es nula la sentencia que para cumplirla hay que averiguar en otro juicio su importancia y los hechos o derechos que reserva, o extingue; que lo es aquella que no condena

[5] L. 16, tít. 22, P. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

y absuelve de un modo cierto, y que hace necesarias otras pruebas y alegatos, o para saber la cantidad, o la calidad de lo que se manda en fin, si las nulidades expuestas por la misma ley como ejemplo meramente son mil veces de un grado muy inferior a la oscuridad, indeterminación, y ulterioridad de juicio, que la pronunciada por Vuestra Excelencia a foja 340 vuelta ella es nula y de ningún valor por la falta de observancia de la Ley citada.

Ella también es notoriamente injusta, por cuanto libra a don Lorenzo Uriarte contra el texto expreso de las Leyes de dar algunas cuentas, o responder algunos cargos que no se le pueden remitir o perdonar por ningún Juez; y por cuanto también contra Leyes expresas que luego citaré priva a mi parte de derechos que había deducido en el escrito de foja 179.

Don Lorenzo Uriarte se tomó la administración de los bienes que por su muerte dejó don Martín de Monasterio; se los tomó sin inventariarlos, y entrando en una posesión que por nuestras Leyes es equiparada al hurto y da una acción sumaria a los herederos para recuperarla; estos son hechos que no necesito probar que constan en autos y que interpelado Uriarte sobre ellos no puede negarlos. El se tomó la administración de los bienes siendo todos los herederos menores de edad. La herencia era yacente y este hombre tuvo el valor de ocupar todos los bienes, de disponer de ellos, y los tiene hasta ahora sin otro título que su arrojo para entrometerse en una familia con la cual no lo ligaban otros vínculos que una circunstancia fatal para todos los hijos de don Martín de Monasterio circunstancia que lejos de darle algún derecho, le ponía en mil obligaciones como marido de una viuda que tenía hijos de primer matrimonio.

Don Lorenzo Uriarte, interpelado por don Manuel José Haedo y llevado también a juicio, no diré por don Manuel José Haedo, interpelado por el Ministerio Público sobre la administración que tenía, tuvo también el arrojo de ocultarla bajo la firma de su mujer. Después se desembarazó más, y con la suya propia dispuso a su antojo de los bienes que había dejado el padre de los menores. Nada es Señor, disponer de un caudal ajeno. Don Lorenzo Uriarte encontró toda su vida en aquel secreto que la suerte le había preparado, y ha sido un hombre feliz, gozando las comodidades de un rico, sin otro cargo que decir a los 24 años que se ha perdido el caudal testado. Implora el nombre y la familia misma a quien ha arruinado y el sacrificador toma en esta ocasión el lenguaje de la víctima ¿Qué tiene de común don Lorenzo Uriarte con la familia de Monasterio, sino las desgracias que les ha causado? ¿Qué familia es esa que se ve envuelta en un pleito de 24 años? ¿Quién es el que la recuerda? Si alguno, Señor, que llevase el apellido de Monasterio hiciese ante los jueces un tal apóstrofe, podría oírsele después de lo que por su orfandad habían sufrido. Pero don Lorenzo Uriarte es el que ha tenido a la familia de Monasterio enrredada hasta hoy en discusiones judiciales. O sino ¿porqué hasta el día no ha partido y entregado esos bienes? ¿Por qué los tiene todavía? ¿Quién es él para el apellido de Monasterio? Sobre todo ¿quién lo metió en esta testamentaría? ¿Qué Juez, qué testamento, qué heredero le ha dado la plena y omnímoda administración, aunque este término no es el propio que él goza desde el año siguiente en que murió don Martín de Monasterio? Cuanto él dice respecto de la duración del pleito, de los respetos de la familia, puede contestársele que lo que se disputa son los derechos de doña Agustina de Monasterio contra don Lorenzo de Uriarte.

El, Señor, también ha traspasado las órdenes más positivas de los Tribunales. Ha vendido especies que se le mandaron tener en guarda. Ha comprado otras, ha adquirido chacras para sí, que cuando quiso por autoridad propia las puso para la testamentaría; después en partidas de cuentas vuelve a quedarse con ellas. Sería demasiado extenso, si quisiese siquiera recapitular los hechos que lo hacían responsables a los herederos de don Martín de Monasterio. Ellos están consignados en mucha parte en el escrito de foja 179, y a él me refiero como base de lo que voy a exponer. Los recuerdo, Señor, en esta ocasión no para injuriar a don Lorenzo Uriarte sino para arrancar de ellos la notoria injusticia de que me quejo.

El que ha procedido así, el que ha hecho ocultaciones que no tendrían iguales en la historia de los administradores, se ve por el auto de Vuestra Excelencia libre ahora de todo aquello que don Manuel José de Haedo *haya sabido o podido saber*, y libre también aunque no se sabe la especialidad de algunos cargos, de los que le hice como tal administrador, en el escrito citado. ¿Ha podido darle esta liberación de su conducta y de sus deudas, y perdonarle las cuentas que como tal administrador debía dar? ¿Es ésto conforme a las Leyes, o el Superior Tribunal ha obrado contra lo que ellas mandan expresamente? Vamos a tratarlo.

El que administra intereses ajenos está obligado a dar cuentas de toda su administración sin excepción alguna, tenga el carácter de gestor de negocios, guardador de huérfanos, procurador de alguno o recaudador en general de cosas ajenas. La L. 26. tít. 12. P. 5. manda al final *dar cuenta verdadera e derecha* al dueño

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de las cosas. La ley siguiente hablando de todo género de administrador cualquiera que sea el título que tuviese, le manda lo mismo del modo más positivo. La ley 29 del mismo título y partida obliga al que se entromete en la administración de negocios ajenos con mala intención a pagar todos los daños que por su culpa o negligencia de cualquier género que sea, no sacando ni las expensas útiles y necesarias si no ha habido ganancia en la administración. Yo he hecho ver que la ley de Partida parece que hablaba con don Lorenzo Uriarte, y no se me puede quitar el derecho de probarlo, y este derecho mismo que me dan las Leyes citadas a pedirle el abono de todo lo que se ha perdido durante su fatal administración. La ley 31 del mismo título y partida, pone también en la obligación de dar una cuenta exacta aún al mero gestor de negocios que por beneficencia o amistad recaudase las cosas del amigo. "*Otro si decimos*, manda, *que éste que trabajase en recaudar cosas ajenas así como sobredicho es, que es tenudo de dar cuenta de ellas, a aquel cuyas son, e de responder con lo que esquilmase dellas, sacadas las despensas; tan bien como si el mismo ge las oviese encomendadas*". Me creo pues con derecho para decir, salvando los respetos debidos a la Excelentísima Cámara de Justicia, que en el auto de revista de 7 de junio, se han quebrantado las Leyes 26, 27, 29, 30 y 31, tít. 12. P. 5, librando a don Lorenzo Uriarte de *dar cuenta*, de dar cuenta de toda su administración, y librándole también de los cargos que le había hecho como administrador que llevaba en sí el dolo presunto, desde que entró a administrar sin previo inventario, sin autoridad de los Jueces, o de los dueños, cosas e intereses que estaban colocados de un modo seguro y productivo; librándole también diré de los cargos que le resultaban aunque no fuere administrador doloso por aquellas culpas y negligencias de que hablan las leyes citadas, y con las que tanto ha perjudicado la familia de Monasterio, cuyo nombre implora para cubrir con un velo toda su conducta; y todo ésto porque mi parte *haya sabido o podido saber* algunos de esos cargos, o la fuente de ellos.

Pero vamos por partes. Supongamos que don Manuel José de Haedo tenía conocimiento exacto y pleno de toda su administración que reservadamente tenía Uriarte que hasta lo ocultaba de los Jueces y del Ministerio público, como lo manifiestan los autos, y lo hice notar en el escrito de foja 179. ¿Esta conducta de uno y otro causa por sí una liberación de dar cuenta? ¿En cuánto tiempo ha prescripto don Lorenzo Uriarte las obligaciones que le imponían las Leyes citadas? No busquemos para ésto una

ley especial porque no debe haberla. Ninguno prescribe sus propias obligaciones si no está prescripto el derecho del otro, porque esta materia es correlativa. Pero aún más, el tiempo señalado para prescribir derechos ajenos, o causar liberación en obligaciones propias, está extendido por la naturaleza de los actos a mayor plazo que el que las leyes señalan para la prescripción de las cosas, o de las obligaciones en general de la administración de los bienes de menores. El tutor o el administrador cualesquier nombre que tenga, no puede prescribir la obligación de dar cuenta, sino por treinta o cuarenta años porque no posee a nombre propio, porque interesa a la República que tales administradores no se escuden con el tiempo de dar cuenta de bienes que la orfandad les encomendó. El señor Covarrubias en el libro 2º Capítulo 14. de sus varias resoluciones trata la materia extensamente. Lo mismo lo hace Escobar en su tratado de cuentas en el Capítulo 5º, y Ayora de particiones 3ª parte Capítulo 30. con los mil autores que citan concluyen que el tutor o administrador no puede librarse en menos de 30. años de la obligación de dar cuenta a los interesados en el negocio. ¿Y cómo es que a don Lorenzo Uriarte se le libra de los cargos y de las cuentas que debía dar cuando desde el año de 1824 está demandado en justicia? ¿Se dirá tal vez que se libra solo de aquellas cuentas y cargos que hayan podido producir los hechos que don Manuel José de Haedo *haya sabido o podido saber?* Pero en tales negocios ¿la paciencia y el silencio, que mi parte no ha guardado, pueden librar a un tutor de la obligación sagrada de dar cuenta de lo que recibió, y de lo que administró? Tutor llamo, Señor, al que solo ha ejercido actos que no se pueden comprender qué títulos ni qué objetos han tenido si no se lleva el pensamiento al extremo. Escobar resuelve la cuestión en cuatro palabras, diciendo que no obsta ni se purga el tutor por la paciencia, tolerancia o presunta donación del dueño, porque la donación nunca se presume. *Neque obstat, si dicuntur, quod praedicta scientia tutoris purgatur ex patientia etc. Tolerantia, seu ex praesumpta creditoris donatio nunquam praesumitur* [6]. Toda liberación, expliquemos las cosas sin los términos técnicos, toda condonación de un derecho, toda dispensa de una obligación es de un estricto derecho; porque supone la cesión de algunas acciones que no quieren ejercerse es una verdadera donación de deudas, o dispensación de obligaciones que se llama *liberación;* pero que está regida por las mismas leyes de las donaciones, las

6 De Ratiotiniis, Cap. 5º, nº 27.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cuales nunca se presumen, y deben constar expresamente. Por el conocimiento de don Manuel José de Haedo, y digo más por el poder de conocer toda la conducta de Uriarte ¿ha podido causarse una liberación en sus obligaciones? El señor Covarrubias en la obra y capítulo citados pone las reglas por las cuales deben dirigirse los Jueces cuando se trate de averiguar si a un tutor o a un administrador cualesquiera se le ha dispensado la obligación de dar cuenta, o los cargos que de ellas resulten o resultarían. La primera es que toda liberación al administrador debe ser expresa y no tácita, porque nunca se presume que se cedan gratuitamente los derechos propios, y porque las relaciones que regularmente median producirían hechos que se interpretarían como una liberación al tutor o administrador cuando no se ha querido librarle de toda obligación sino, o deferir las cosas para otro tiempo, tomar conocimientos, o esperar que el tiempo le haga dar la cuenta verdadera de su administración. 2ª Las liberaciones aunque sean expresas de toda la conducta del tutor o administrador sin embargo no entran en ella los hechos graves ni se comprenden las partidas líquidas y constantes; no se dispensa el dolo pasado, ni se puede dispensar el que se comete en lo sucesivo, según lo manda la Ley 29 tít. 11 P. 5. porque podría *dar carrera a los omes de facer mal*, y solo se entiende librado el administrador de dar una exactísima cuenta, y perdonado de solo aquellas negligencias comunes a que fuese obligado. Los autores citados traen decisiones a este respecto de los Tribunales más respetables que pueden verse en los lugares citados. 3ª Toda liberación, como todo finiquito no comprende sino aquellas cosas que especialmente se expresan, y de las cuales sabe su monto, el sacrificio que hace el dueño del negocio. No entra nunca aquello que ha podido saber. Puede verse la Curia Philipica en el párrafo *Cuentas*. Escobar en la obra y capítulo citado, y a Gutiérrez en el tratado de tutelis, donde especialmente enseña que las *partidas olvidadas* no entran ni en la liberación general ni en ningún finiquito de cuentas. Es preciso comparar, Señor, el olvido con lo que ha podido saberse. El uno se ha sabido, y se ha ido de la memoria; el otro no consta que se haya sabido, sino solo que ha podido saberse. Y así el autor de la Curia al nº 7 en el capítulo 10. lib. 2, Comercio terrestre, pone la regla de que lo olvidado en la cuenta de una administración, aunque en ello no haya dolo, ni fraude, no se entiende que ha sido dispensado, ni se causa una dispensación de ello por la liberación general que se hiciese al administrador. La liberación en materia de inventarios, de administración de bienes de menores puede decirse que nunca sucede. Por ejemplo. Un padre

manda expresamente que el tutor que nombra a sus hijos reciba los bienes sin inventario. Si éste lo hace así, es reputado como doloso y fraudulento. 1º Porque es encubrir todo género de dolo y darle facultad a un extraño para que se tome toda la testamentaría. Segundo: interesa a la República que los intereses de los menores estén a cubierto de todo fraude, y no se haga del carácter de tutor un título para apropiarse los intereses de ellos. ¿Quién pues ha podido librar a don Lorenzo Uriarte de hacer inventario de los bienes que de autoridad propia se tomó tan solo porque los encontró en la casa en que halló su mujer? Si hubo silencio por parte de don Manuel José Haedo, si no reclamó por esta conducta, su negligencia ¿podrá canonizar unos actos cuando en todo el derecho no se encuentra una sola persona legal capaz de dispensarlos? ¿Podría decirse que el dueño de unos intereses no tiene derecho a reclamarlos porque supo el día que se los quitaron, el modo, el destino que se les dió, y la persona que se los apropió? ¿De qué leyes, de qué principios ha nacido una tal Jurisprudencia tan contraria a la moral, tan desconocida en los códigos, y en los comentadores de ellos? Los autores citados continuando las reglas sobre las liberaciones legadas ponen el caso que si el testador librase no solamente de dar cuentas al administrador, sino, si para hacerlo efectivo le lega el alcance que de ella le resulte, y todo cargo que se le haga ¿si habrá derecho aún para pedirle cuenta? Resuelven que sí, porque en estas disposiciones, en estos legados, nunca se cree que entra el dolo y que un hombre da facultad para que se tome aquello mismo para lo cual ha nombrado un heredero; y porque nunca puede alegarse ante los Jueces que se tiene derecho para usurpar cuanto se quiera. Así la liberación en una administración nada importa repito, sino la dispensa de una exacta cuenta como sería obligado de otro modo a darla.

En las liberaciones a los administradores por generales, por especiales que sean, nunca se comprende el dolo y fraude que hubiesen hecho, a no ser que conociéndolo el que debe tomar cuentas le hiciere una condonación *señaladamente* como lo dice la Ley. Mi parte, Señor, ha deducido acciones contra don Lorenzo Uriarte y doña Josefa Ugarte por haber ocultado cantidad considerable de pesos en el primer apunte que hicieron de los bienes de don Manuel de Monasterio, y lo singular es que este cargo está reconocido por ellos. Mi parte ha demandado a don Lorenzo Uriarte usurpaciones las más positivas, conversiones de dinero a fines que hacía escriturar para él y mil otros actos de ocultación de los bienes que había en Europa, del dinero

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

que hacían traer a esta plaza, etc. Por lo tanto, está en el caso de quejarse de que también en el auto de revista se ha quebrantado especialmente la Ley 30. tít. 11. P. 5 que manda que el dolo y el engaño nunca se juzgue dispensado si especialmente no se hace, como Vuestra Excelencia parece ordenarlo, cuando le deniega acciones que resultan de hechos *que haya conocido o podido conocer* mi representado.

El Superior auto de Vuestra Excelencia también libra a Uriarte y a su mujer, tan solo porque mi parte *haya sabido o podido saber* sus hechos; los libra digo de la obligación hipotecaria que Leyes positivas les imponen, no hasta cierto tiempo, sino hasta el día que dieren cuenta fiel de los bienes que administraban, y los entregasen efectivamente a aquellos de quienes eran. Yo pondré con venia de Vuestra Excelencia las palabras de las leyes, porque me quejo que ellas han sido positivamente quebrantadas por el auto revistado, aún suponiendo a Uriarte y a su mujer legítimos administradores de los bienes que dejó a sus hijos menores don Manuel Monasterio. La Ley 21. tít. 16 P. 6ª dice así: "Pero en cualquier destas maneras sobredichas que se acabe el oficio del guardador, tenudo es luego de dar buena cuenta, e verdadera, de todos los bienes del huérfano, también mueble como raíz; e entregarlo todo al mismo, e a su guardador, que es llamado curator. E para ésto cumplir, es obligado también el guardador como sus fiadores, e sus herederos, e todos sus bienes al huérfano e a sus herederos". Esta sagrada obligación de los tutores y administradores no se acaba he dicho, como también la hipotecaria en sus bienes, por hechos indirectos, ni por transcurso de tiempo, sino hasta que den cuenta y entreguen lo que de ellos tienen. La Ley usa de la proposición *fasta*.

La Ley 23. tít. 13. P. 5. es también una contra las cuales se ha obrado en el auto de que me quejo, librando a Uriarte y a su mujer de la obligación hipotecaria, porque mi parte pudiese conocer sus hechos, aunque ellos no hayan entregado ni dado cuenta de lo que se tomaron por autoridad propia. El texto dice: "*E aun decimos, que los bienes de los guardadores de los huérfanos que son menores de veinte y cinco años, fincan todavía obligados a aquéllos que los tienen en guarda, desde el día que comenzaron a usar del oficio de la guarda fasta que les den cuenta e recabdo de las cosas que tovieron dellos*". La Ley 26 del mismo tít. y P. dice lo mismo extendiendo la obligación expresamente a la señora viuda. "*Eso mismo decimos que sería, si muriese el marido de alguna mujer, de quien oviese fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes, se casase otra vez, que fincan entonces todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, e aún los de aquellos con quien casa, fasta que hayan guardador e que les den cuenta e recabdo de lo suyo*".

Creo, Señor, poder concluir, que aún considerando sólo las obligaciones de don Lorenzo Uriarte, se han quebrantado expresamente todas las leyes que dejo citadas.

Tratemos de la importancia del auto con respecto a los derechos positivos de que priva a don Manuel José Haedo. V. E. le deniega en general aquellas acciones que nazcan de hechos *que haya sabido o podido saber*. Derecho y obligación son correlativos, y basta haber probado que don Lorenzo Uriarte no ha podido librarse de sus deberes, ni de las consecuencias de su mala conducta tan sólo porque uno de los interesados la hubiese concedido, para concluir que mi representado tiene derecho a demandarle lo que por ellos le resulten. Mas sin embargo, trataremos la materia por el otro aspecto y consideraremos el auto y las obligaciones de Uriarte por los derechos de don Manuel José Haedo.

¿Qué ley, Señor, le priva de una acción, o de un derecho tan sólo por haber conocido la fuente de donde dimana, sea un contrato o un cuasi contrato, sea un delito o un cuasi delito? ¿De cuándo acá pierden los hombres sus derechos y sus acciones por no ejercerlas en el acto? ¿Qué tiempo intermedio fija Vuestra Excelencia entre el conocimiento *que tuviese o hubiese podido tener* de los hechos de don Lorenzo Uriarte y la pérdida de sus acciones? ¿Las perdió en el instante que la conoció o pudo conocerlos? ¿No tuvo siquiera 24 horas, un mes, o un año para deducir sus derechos en juicio? ¿Qué género de intervalo es este tan vago, tan de tiempo muerto, y que hace fenecer las cosas en el mismo instante que nacen? Las leyes han querido sin duda poner la paz en las familias y limitar a tiempos ciertos el ejercicio de los derechos que cada uno creyese tener. Pero han señalado los términos, algunos fatales que corren de momento a momento, en otros días útiles pero siempre ciertos y determinados. Entretanto, Vuestra Excelencia de un golpe quita a mi representado el ejercicio de aquellas acciones, que nazcan de hechos *que haya sabido o podido saber*, sin considerar el plazo que para ello tenía por las Leyes, aún suponiendo su conocimiento, y libra a don Lorenzo Uriarte de obligaciones las más importantes y que tenían los términos más dilatados en el derecho. Comparemos lo que las Leyes mandan y lo que ha mandado Vuestra Excelencia.

Si yo recibo una injuria verbal o real no porque me calle,

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ni porque conozca al injuriante he perdido el derecho de quejarme. La ley me da el plazo de un año para entablar mi acción.[7]

Si yo formo un recibo diciendo habérseme entregado mil pesos, y lo doy sin recibir cosa alguna, aunque yo sepa quién lo tiene, que nada se me ha entregado, y dejo así pasar el tiempo, tengo sin embargo el plazo de dos años para entablar la acción de dinero no entregado.[8] Si un sirviente desempeña los oficios de tal en una casa, y ve, y sabe que no se le paga cosa alguna, puede sin embargo repetir sus salarios por el término de tres años.[9] Si yo conozco que en un contrato he sufrido una lesión enorme, sabiendo que se me ha causado un perjuicio tal, la ley me da cuatro años para entablar la acción recisoria, y no hace fenecer mi derecho tan solo porque *haya sabido o podido saber* el perjuicio que me ocasionaba.[10] Un menor que ha llegado a los 25 años, y que ve y conoce el perjuicio que se le ha hecho por su menor edad, por negligencia de su guardador, no pierde este *conocimiento* y por *el silencio* que guarde el derecho a las acciones restitutorias que le dan las Leyes. Puede ejercerlas aun hasta los cuatro años después de la mayor edad.[11]

Si yo conozco que tengo en mi poder un testamento inoficioso de mi Padre, y veo que según él soy excluído del todo o parte de la herencia, si veo hacer las particiones, la entrega de los bienes a los demás hijos, no por ésto la Ley supone que he *consentido* en la pérdida de mis derechos, sino que me da el plazo de cinco años para establar la querella de inoficioso testamento.[12]

Si veo que una finca de mi propiedad la vende otro que se cree dueño de ella de buena fe, estando yo presente en el pueblo que ésto se hace, si veo que el comprador entra a habitarla, y poseerla con título y buena fe, tampoco por el *conocimiento* de estos hechos por mi omisión o negligencia, pierdo el derecho que tenía a ella. La ley me da nada menos que diez años para recuperarla cuando he sabido de la posesión ajena, y me da veinte cuando estando ausente he *podido saber* la posesión que un tercero tenía.[13]

Si mi casa es asaltada, si se comete cualesquiera delito contra

7 L. 22, tít. 9, part. 7.
8 L. 9º, tít. 1º, part. 5.
9 L. 9º, tít. 15, lib. 4º, R.C.
10 L. 1º, tít. 11; lib. 5º, R.C.
11 L. 8º, tít. 19, part. 6.
12 L. 4º, tít. 8º, part. 6.
13 L. 18, tít. 29, part. 3.

mí, no porque me calle y deje pasar el tiempo, se juzga que he dispensado al delincuente y he renunciado a mis acciones. Tengo por la ley veinte años para deducirla.[14]

Si yo tengo una deuda con una hipoteca expresa o tácita como es la de Uriarte y su mujer, no porque deje pasar algunos años sin cobrarla, pierdo ya mis acciones. El derecho me concede treinta años.[15]

En fin, Señor, sería preciso recapitular aquí todos los intervalos del derecho para ejemplarizar la pérdida de las acciones y hacer ver que todas ellas tienen un tiempo señalado y fijo para deducirse, aunque *se conozcan y se sepa* de quién se han de repetir. Pero en general está mandado que las acciones personales no puedan perderse por menos de veinte años. Aún suponiendo que no fuesen hipotecarias, como lo son las obligaciones que gravan a don Lorenzo Uriarte y a su mujer, mi parte tenía veinte años para deducir contra ellos el derecho que le correspondía. Este derecho, conociéselo o no don Manuel José Haedo *pudiese o no conocerlo*. Vuestra Excelencia se lo quita antes de este término con las circunstancias notables, que los autos muestran, que desde el año de 1824 están las acciones deducidas en juicio, cuando doña Agustina de Monasterio solo tenía de edad 19 años, cuando cumplió los 25 en 1830, cuando después tiene el cuadrienio legal por los hechos que le hubiesen sido dañosos en la menor edad, es decir, que aquellos actos pasados hasta el año de 1835 estaban sujetos a rescisiones o acciones restitutorias, si antes de ellos se hubiese concluído algo definitivo y no hubiera habido pleito como lo había, sobre toda la conducta de Uriarte, sobre su administración etc., desde 1824.

Pero vuelvo al derecho de que priva a don Manuel José Haedo la Excelentísima Cámara, quitándole sus acciones personales contra don Lorenzo Uriarte y su mujer antes de los veinte años que le da la Ley, por *solo haber sabido o podido saber* los hechos de donde dimanaban. La L. 6. tit. 15. lib. 4. R. C. que es la de 63 de Toro, manda así: "El derecho de ejecutar por obligación personal se prescriba por diez años y la acción personal, y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligación hay hipoteca, o donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y *no menos;* lo cual se guarde sin embargo de la

14 L. 6, tít. 15, lib. 4º, R.C.
15 Ley cit.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Ley del Rey don Alonso nuestro progenitor, que puso que la acción personal se prescribiese por diez años".

Creo, Señor, haber probado que bien se atienda a la redacción de la sentencia o lo incierto e indeterminado de lo que manda, o bien a las obligaciones con que estaba gravado don Lorenzo Uriarte y su mujer; a la naturaleza de los hechos que se han demandado, a los actos y administración oficiosa, ruinosa y convertida en utilidad propia, que él ha ejercido por más de veinte de una herencia yacente, o bien al término que las Leyes le daban a don Manuel José Haedo, o a su mujer, para repetir sus derechos del intruso administrador, y omnímodo dueño que encontraron los bienes de don Martín de Monasterio, en la minoridad de sus hijos; o bien a los actos judiciales que se han ejercido desde 1824 el enorme perjuicio que sufren los herederos; creo repito, haber demostrado que el auto de revista es nulo y de ningún valor, y aunque lo tenga, injusto notoriamente, por quebrantar derechos los más positivos y ser pronunciado contra las Leyes terminantes que dejo citadas.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

X

PLEITO DE DON FELIPE SENILLOSA CON LOS SEÑORES XIMENES Y OGORMAN

[SOBRE CAMINOS PÚBLICOS]

Los señores Ogorman y Ximenes dueños de un terreno con frente al Río de Barracas impusieron a los saladeros de la costa un derecho por cada cabeza de ganado que transitase por su terreno; y en caso que no se les pagase lo que pedían querían abrir una zanja cerrada en el punto A e inutilizar el camino. Don Felipe Senillosa les negó el derecho para una y otra cosa, y contestó la demanda de ellos por el escrito siguiente.

* * *

Existe Señor Juez un camino público que viniendo de la campaña, pasa por un terreno en parte cercado de la propiedad de los demandantes y llega hasta el Río de Barracas a cuya margen está mi saladero. Su dirección recta es a encontrar la continuación de la calle *de la Defensa* que está trazada y abierta hasta el puerto de los Tachos sobre el mismo Río de Barracas. Es decir que saliendo del pueblo por la calle *de la Defensa* hay ya un camino formado que va a unirse en el Río de Barracas al que viene de los Quilmes. Hace más de veinte años que él existe como camino público aunque corre por entre propiedades particulares. Alguna vez los demandantes trataron de cortarlo y la policía, viendo que no había otro camino para llegar a los saladeros establecidos sobre la costa, ordenó cerraran las zanjas que habían abierto, como puede Vuestra Señoría verlo pidiendo al Señor Jefe de Policía los antecedentes que hubiere sobre la materia. Jamás ni yo ni nadie hemos pagado cosa alguna por transitar por allí. Cuando era preciso que las tropas de ganado se detuvieran uno o dos días antes de entrar al saladero, las hacíamos pastorear en ese campo no cercado y abonábamos a

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los dueños una corta cantidad por el pasto, a pesar que las leyes nos autorizan a hacer descansar las haciendas en campos abiertos, sin pagar nada al propietario del suelo. Esto es lo que ha habido, y no el reconocimiento de deberle pagar cosa alguna por el hecho de transitar por un camino público.

Desde que yo no he ido a formar por los terrenos particulares una nueva vía, sino que he usado de un camino que ya existía desde muchos años, el dueño del suelo no puede impedírmelo ni imponerme derecho alguno por los caminos que son de uso público. El dueño del terreno no puede cerrarlos desde que es una carrera usada y si lo cerrase, cualesquiera puede abrirlo a costa de él. Las leyes son terminantes en la materia: "*Si alguno cerrase caminos,* dice la ley 1ª tít. 6. Lib. 4. F. R., *o carrera usada, por la osadía peche treinta sueldos al Rey*". La ley 2ª. del mismo título dice así: "*Qui quier que falle camino o carrera usada cerrada desfaga el vallador o la cerradura cualquier que sea sin caloña ninguna et sin mision alguna y ficiere pechela aquel que cerró la carrera*". Y aún podía pastorear los animales en su terreno abierto sin pagarle nada, siempre que no pasara de dos días, que se consideran como un mero descanso en el tránsito.[1] *Los viandantes puedan sus bestias o los otros ganados meter a pacer en los logares que no sean cerrados nin defesados, o puedan y descargar y folgar por un día o por dos almas, si el dueño del lugar non ge lo otorga.*

Sin embargo de estos derechos que me daban las leyes citadas, conformes en un todo con las leyes promulgadas para América, como puede verse en la Ley 2 tít. 12 lib. 4. R. de I., y la de los otros códigos de España, sin embargo, ya no he cerrado la zanja que se abrió allí, sino que la policía mandó conservar el camino que ya existía como que era una necesidad pública y un camino tan antiguo que podía ya decirse de tiempo inmemorial.

Toda la cuestión pues está reducida a saber si el camino de que se trata es un camino público o solo un camino privado, una vía precaria que el dueño del suelo pueda cerrar cuando quiera.

Sin duda que no son caminos públicos, aquellas sendas que atraviesan los campos, hechos por los particulares para ahorrarse algunos pasos más en el camino a sus heredades o hacia la vía pública sin ninguna necesidad verdadera. Los habitantes de la campaña son siempre dispuestos a abrirse paso por entre las propiedades privadas para acortar las distancias o para evitar

[1] La L. 4 del mismo tít. dice así.

un mal paso. Cuando los propietarios a quienes este tránsito no daña mientras que sus heredades han estado abiertas han dejado correr un largo tiempo sin interceptarlas no han perdido por eso el derecho a cerrarla, y a cercar los fondos por los cuales ellos atraviesan.

Tampoco constituye una vía pública aquellas sendas agrarias que van de una heredad a otra, en las aldeas o pequeños pueblos cuya delineación no está hecha, ni aquellos caminos que se llaman familiares, que los dueños de los terrenos mutuamente se permiten para la mayor comodidad de sus familias, sin perjuicio de la forma o dirección que después se de al pueblo o del uso que cada propietario quiera hacer de su terreno.

Tampoco son vías públicas los caminos de servidumbre. Estos no son establecidos sino para el goce o servicio de determinadas personas, fundos o heredades territoriales. En estos un fundo es deudor al otro. La carga es real, ya se le considere activa o pasivamente, pues que ella no puede ser impuesta a la persona ni en favor de la persona, sino solamente a un fundo y a beneficio de otro fundo. El camino de servidumbre es solo legalmente usado por el propietario del fundo dominante; es un camino privado, porque no pertenece sino a determinados propietarios por razón de las heredades. El camino de servidumbre regularmente no forma sino una servidumbre discontínua porque no es usado sino cuando se usa de la heredad, en la estación y cuando la conveniencia y utilidad del predio dominante lo exije. La servidumbre de paso no es sino un derecho incorporal que se ejerce sobre el fundo ajeno que no da al que la goza la propiedad del suelo sobre que está establecido. Generalmente este tránsito es precario o nace de un título expreso. Como servidumbre discontínua es preciso que su origen, que el uso de ella sea inmemorial y que en todo ese tiempo el dueño del suelo haya abandonado de tal manera la propiedad de él que jamás le haya recordado a los que pasan por su terreno ni ejercido acto alguno de dominio o de una posesión exclusiva. Es preciso que la posesión que se tiene no sea equívoca y que no consista únicamente en hechos a los cuales la ley no atribuye el carácter suficiente para constituir una servidumbre.

La parte contraria verá por ésto que ni estoy disconforme en lo general de sus teorías, ni que los principios que me hacen oponerme a su demanda traerían un perjuicio a las propiedades territoriales por el permiso que los dueños de los terrenos hubiesen dado para que los cruzaran los caminos privados. Pero

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

otra cosa es un camino público, y la serie de proposiciones que iré sentando harán ver que para que nuestras acciones aparezcan en toda claridad, solo habrá que demostrar que el camino de que se trata es un camino público.

A más de las grandes rutas que corren por entre un estado o una provincia, a más de aquellos caminos determinados o formados por el gobierno del país en suelo público, es también el que une una aldea con otra, un vecindario con otro vecindario; el que está establecido para la comunicación de muchos lugares habitados, y en el interés de mucha parte del público indistintamente. En la antigua legislación se llamaban vías vecinales *viae vicinales sunt viae quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt.*[2] Tales caminos por la importancia de su servicio, por la necesidad de su perpetua existencia, por depender de ellos el aumento o la ruina de un burgo o de un pequeño pueblo, forman una fracción del dominio público. *"Viae vicinales quae ex agris privatorum collatis factae sunt quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.*[3]

Aquí la ley Romana suponía que la vía vecinal pasara por los terrenos de particulares. Si el camino está destinado a la libre comunicación entre lugares habitados al paso, ida y vuelta de los vecinos de los pueblos, sin distinción alguna, al transporte de las cosas o mercaderías de que puedan tener necesidad, o que hagan su principal medio de existencia; si su servicio directo y general es para la utilidad del público, el destino civil de tal camino, es el de un camino público aunque atraviese por terrenos de particulares, o aunque todo él corra por ellos. La destrucción, la clausura de una tal vía tiene una relación inmediata con las poblaciones a las cuales servía, y tal vez de ella depende el fomento, o la vida de un puerto, de un canal, o de los diversos pueblos cuya comunicación mantenía. Ese camino a diferencia de las servidumbres agrarias ha constituído una especie de derecho personal a todo caminante que se vea en la necesidad de usar de él, no es usado por los dueños de determinadas heredades sino que está al servicio de todo el pueblo, al extranjero, como al habitante del lugar, al que tiene heredad territorial como al simple transeúnte. Su servicio no está limitado a ninguna estación ni al pro y ventaja de predios especiales sino que sirve al tránsito en invierno lo mismo que en verano, de día como de noche, al tránsito de todos, sin excepción alguna, sin ser preciso tampoco

[2] L. 2, § 22; lib. 43, tít. 8, Dig.
[3] L. 3, Dig. lib. 43, tít. 7.

una calidad en las personas. Una tal vía por cierto que no puede ser regida por las leyes de las servidumbres rurales, y la constitución, la existencia de los pueblos a que conduce, la necesidad que hay de ella es el bastante y legal título para que se conserve, porque con él se conservan los intereses generales.

El carácter propio de un camino público consiste en estar establecido para servir de comunicación entre lugares habitados; para pasar de una sección a otra, para ir a un lugar público. Es por este carácter visible y cierto que se le distingue para ponerlo en el rango de las vías públicas. Así será camino público el que conduzca a una fuente pública, a un puerto o a cualquiera otro lugar que el público acostumbre ir o tenga necesidad de llegar. Para saber pues si un camino es ya una vía pública o una vía agraria o un camino de servidumbre bastará ver su origen, si sale de un lugar público, el fin adonde conduce, si llega a otro lugar público y conocer su uso diario y común.

También son caminos públicos aquellos que unen dos vías públicas, por la simple razón que si ese camino entre dos caminos públicos fuera solo una vía agraria, y pudiera cerrarlo el dueño del suelo, quedarían sin uso los dos caminos públicos que unía.

En el derecho Romano había una ley expresa que declaraba vía pública todo camino que saliendo del camino consular o real se dirigiese a otro camino público o a alguna aldea, villa o campos por donde todos puedan transitar. *Quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consulari, et sic post illam excipit via, vel iter vel actus ad villam ducens. Has ergo quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes putem etiam ipsas publicas esse.*[4]

Los caminos privados por lo tanto cuando unen dos caminos públicos, o cuando salen de la vía pública y conducen a otro lugar público, se hacen entonces también caminos públicos. Basta que tengan ese carácter de camino público para que su suelo esté fuera del dominio privado. No es una servidumbre la que propiamente se constituye, sino que ese uso común hace adquirir la propiedad del terreno al ser moral que llamamos público. Su título está en la concesión tácita del primitivo dueño del suelo; en el abandono presunto que ha hecho para el público de la parte del terreno que ocupa el camino, en su asentimiento diré a los trabajos, edificios o fábricas que se han hecho sin intentar impedirlo en el extremo adonde conducía el que tal vez en su

[4] L. 2, § 23; Lib. 43, tít. 8, Dig.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

origen fue un camino privado. Y para el público no son precisos todos los títulos que exigiría la adquisición que otro quisiera hacer de una cosa que fuera ajena, porque los intereses generales comprenden a todos, y el hombre que cede por utilidad pública una parte de su terreno se crea allí mismo otro género de ventajas con el mayor valor que da a su terreno el tránsito público.

El camino de que se trata desde tiempo inmemorial está destinado al servicio público; él conduce al puerto de los Tachos la calle pública que se abrió continuando la de la Defensa se junta a dicho camino con el Río de Barracas; el camino público de los Quilmes es continuado por el camino en cuestión, y así no solo conduce a un puerto público sino que viene a unirse con la calle pública, la Defensa en el Río de Barracas. Luego es un camino público.

Hay más otras poderosas consideraciones para juzgarlo así: por el plano del terreno se ve que tanto los saladeros a los cuales podría cobrarse un pasaje por el tránsito de las haciendas, como el terreno mismo de Ximenes y Ogorman están establecidos sobre la margen del Río de Barracas, o llegan hasta ella no habiendo otro camino desde la campaña por donde puedan ir los ganados hasta los saladeros porque el terreno mismo no lo permite. Partiendo de este antecedente debo decir que los ríos navegables destinados a facilitar las comunicaciones comerciales, y a servir de transporte a las mercaderías o a los hombres de un lugar a otro, pertenecen al dominio público: *Flumina publica publica sunt*, decía la ley Romana. *Los ríos e los puertos e los caminos públicos*, manda la ley de Partida, *pertenecen a todos los omes comunalmente*.[5] Bajo este punto de vista y considerado el río en sí mismo como agente de la navegación, él es imprescriptible, no hay hechos que puedan privar al público del uso de él, porque no es simplemente un bien raíz del dominio del Estado sino más bien un fundo del dominio público que estando sujeto al uso de todos y puesto fuera del comercio no se halla sometido a las reglas de la propiedad y de la prescripción. Así toda obra hecha que pueda privar al público del uso de un río, de llegar a él y usar de sus costas y de sus aguas no puede existir precariamente y de hecho, sin que respecto al Gobierno del Estado o a la autoridad administrativa pueda adquirirse jamás el derecho de prescribir el uso del río por la más larga posesión. Ninguna posesión se puede alegar contra la administración pública para conservar

5 L. 6, tít. 28, art. 3.

un hecho o una obra cualquiera que impida llegar y usar del río, porque siendo él inenajenable, es también imprescriptible como todas las cosas destinadas a los usos públicos. *Prescriptio longae possesionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solita.*[6] Repito pues que por antiguo que sea el cerco o la zanja o la obra hecha por alguno de su propia autoridad cerrando el acceso al río navegable, está sujeta a ser demolida sin compensación alguna en cualquiera época que el poder administrativo juzgue a propósito suprimirla porque será observado que un particular hubiese adquirido el derecho de dañar al público privándole llegar a un lugar público, a un río de uso público. La obra, el cerco hecho es como lo he dicho meramente precario. El poder administrativo, no quita ningún derecho al dueño del suelo por donde es preciso transitar para llegar al río navegable, porque se juzga que la merced hecha por el Soberano, o la primitiva compra del terreno era sin perjuicio de los derechos del público respecto al río.

Las riberas son también de uso público: *Riparum quo que usus publicus est juris julium sicuti ipsius fluminis.*[7] *Todo ome*, dice la ley de Partida, *puede usar de ellas* (Ley citada). Aunque el terreno riberano esté libre de toda carga o servidumbre privada o pública, a todos sin embargo es permitido acercarse a ellos, usar de las aguas del río y servirse de la costa para todos aquellos usos necesarios por la navegabilidad del río. Ningún permiso de la autoridad es necesario a este respecto, porque el agua corriente como el aire que respiramos están destinados al uso de todos los hombres. El terreno por consiguiente al exterior de la ribera aunque sea un suelo privado, debe el uso para los servicios públicos, porque de otra manera ni la ribera ni el río mismo sería de hecho de uso público desde que el dueño del suelo riberano le fuese permitido impedir el acceso a la costa o al río.

Resulta de ésto que el que tiene un terreno con frente a un río navegable no puede cerrarlo e impedir que el público llegue a cualquiera parte de la ribera cuyo suelo le pertenece. El poder administrativo tiene el derecho de señalar en tal caso la vía pública en ventaja del propietario del suelo porque sino habría derecho a pasar por cualesquiera parte del terreno. En esto concreta los derechos del público, usa de un derecho propio, no quita nada al particular, sino que señala la única parte del

6 L. 45, Dig. de 11en.
7 Inst. 54, de rerum divis.

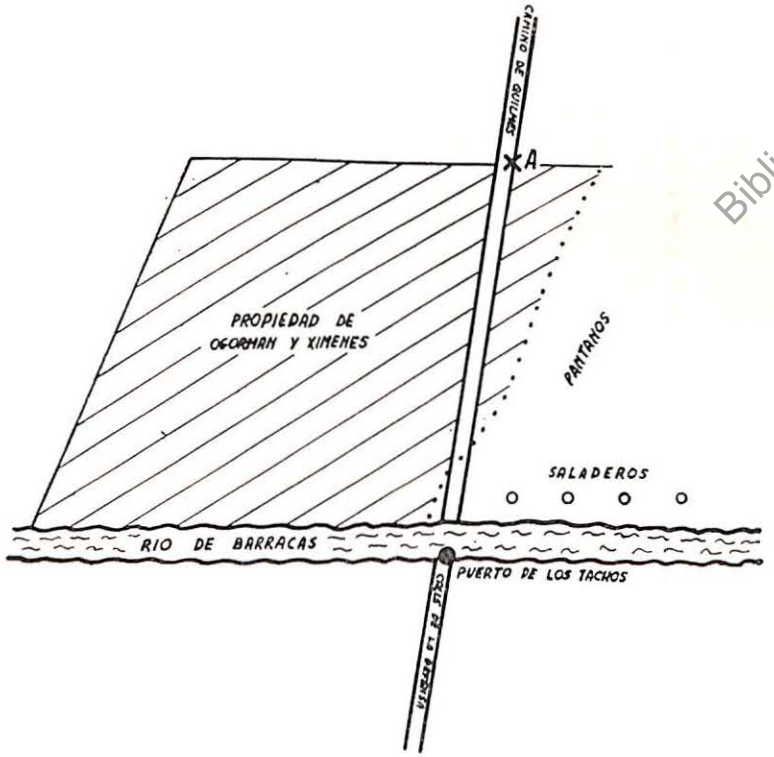
Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

terreno privado por donde se ha de llegar al río de uso público, por esto es también que aún después de señalada la vía pública para que lo demás del terreno riberano se pueda cerrar, el poder administrativo siempre obliga a dejar a lo largo de la costa una vía de tránsito para el servicio del público en la ribera y río de uso público.

Después de estos principios establecidos en nuestras leyes de la manera más positiva desaparecen absolutamente la importancia de los alegatos contrarios y se ve que el señor Jefe de Policía ha usado de sus facultades cuando ha hecho borrar un cerco que privaba llegar a los hombres o los ganados a un río navegable como el de Barracas y que el camino que ha señalado es en beneficio de los propietarios del suelo limítrofe porque de otra manera todo el campo de ellos debería estar abierto para que se pudiera llegar al río navegable.

El Departamento Topográfico después de examinar los antecedentes que existían en su oficina sobre el camino de que se trata, no ha trepidado en decir que debe considerarse como una vía pública. El camino ya existe saliendo del camino público



de Quilmes hasta el puerto de los Tachos. El Departamento veía que se dirigía a un lugar público, a un puerto, a un río navegable de uso público y tenía los antecedentes que el Señor Jefe de Policía había mandado destruir el cerco que precariamente y contra el derecho del público habían construido Caldevila o sus sucesores.

Un camino con tal objeto he dicho que era indicado en beneficio del propietario limítrofe a la ribera. Los señores Ximenes y Ogorman no podían impedir que el público pasara por sus terrenos para llegar a servirse del Río de Barracas y de su ribera, no podían cercar su terreno y llamarse a los derechos de propiedad privando, impidiendo el uso del río, ni en aquel mismo terreno que llaman suyo y con mucha más razón en la ribera cuyo suelo no es de su propiedad. Puedo concluir entonces que ese camino es una vía pública que no puede impedirla el que se dice propietario del suelo y que no tiene derecho alguno para imponer un peaje a los que transiten por él haciendo así depender de su voluntad la existencia de tantos saladeros establecidos en la costa, los cuales también tendrían derechos no existiendo en camino público para que se les diese un tránsito para llegar a las propiedades que no están en terrenos de los demandantes.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XI

PLEITO DE DON FRANCISCO JUANICO CON LA SEÑORA HIMONET

[Sobre un contrato de locación. La aplicación del auto acordado para las casas de Madrid]

Don Francisco Juanicó había alquilado en Montevideo una casa a Madama Himonet en ciento ochenta pesos plata. El contrato no tenía término y se decía en él *que cuando la inquilina fuese despedida de la casa la devolvería en el estado que la recibía.* Pasados algunos años don Francisco Juanicó quiso subir el alquiler a trescientos pesos o que la finca se desalojase. La señora Himonet resistió la demanda fundada en el auto acordado para las casas de Madrid que no permitía alzar el alquiler, y yo sostuve el derecho de Juanicó en el escrito siguiente.

* * *

Dos puntos principales de derecho forman la cuestión de este pleito. Primero si el auto para las casas de Madrid debe extenderse a las de Montevideo; si por él debe o no juzgarse o por la ley general de los arrendamientos. Segundo, si las sentencias pronunciadas en otros arrendamientos por la Excelentísima Cámara forman un derecho al que deben ceñirse los Jueces, o si tienen facultad y aún deber de arreglar sus sentencias al derecho positivo, y no a las decisiones del Superior Tribunal.

Es indudable que antes de la ley dada para las casas de Madrid había una legislación general para las locaciones de los edificios que facultaban al propietario para pedir el desalojo del inquilino; para subirle el arrendamiento cuando no se había obligado hasta tiempo cierto. La ley de Partida está citada en mis escritos anteriores, y aunque ella no existiese bastaba la legislación general sobre el contrato de locación para declarar a

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los dueños de las casas los derechos que he demandado. Por un tal contrato sólo se adquiere un título temporal, y el propietario del edificio mantiene la posesión civil de la cosa arrendada. Si él llevase una causa perpetua sería sin duda translativo de algún género de dominio como todos los que tienen una base tal. Si el inquilino, si sus herederos, si los herederos de sus herederos pudiesen siempre retener la finca pagando la pensión impuesta en el primer día del contrato, ¿qué diferencia había de la locación a un censo consignativo, a la reserva de una renta fija sobre determinada propiedad? Siendo el objeto de la locación el uso de alguna cosa cuya propiedad y posesión civil permanece en el propietario no tratándose por un tal pacto de acción alguna real; el título no está adscripto, es personal, y como he dicho, temporal. Si este tiempo no está contratado, la condición de locador y conductor es igual; y el contrato puede disolverse por la voluntad del propietario, como lo puede ser por la del inquilinato que abandone la habitación contratada. Negarse a esta jurisprudencia, me daría derecho para decir que se me enseñaran las reglas que nos gobernarían en los arrendamientos de cosas muebles, en los solares o campos varios; sino es que también el auto de Madrid debe aplicarse a los arrendamientos de un buque, de obras o de cosas muebles.

¿Este derecho sobre el contrato de locación, es decir la L. 6. tit. 8. P. 5. está revocada? La parte contraria no se ha avanzado a afirmarlo sino meramente alega que no se juzga por ella desde que por otra ley se mandó juzgar los arrendamientos de las casas de Madrid. Que una costumbre ha hecho que no se observe y que así también debe hacerse en este pleito; es decir que el tiempo no solo ha destruido el derecho positivo sino que aún ha desnaturalizado todo el contrato de locación y que los principios que determinaban la legislación de él no existen, o se han creado otros nuevos, que los Jueces son obligados a seguir aunque sean opuestos a los axiomas escritos, a aquellos que sostenían todas las disposiciones sobre el dicho contrato. Pero aunque fuese así no se negaría que en el arrendamiento de foja 2 si no se hizo una expresa condición del derecho del propietario para despedir al inquilino, a lo menos, las palabras *sea despedido de ella*, hacían ver que se hallaba en la suposición de regir el derecho de la ley de Partida. Y desde que no hay una revocación de ella, desde que no está tampoco prohibido contratar según las facultades que daba la voluntad de los contratantes, claramente manifestada como está en nuestro caso la del propietario, debe ser la ley del contrato.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

¿Pero qué pruebas, con qué se ha demostrado el no uso de la ley citada de Partida, consecuencia necesaria de las leyes primordiales del contrato de arrendamiento? ¿Ni qué importaría la falta de uso de una ley tan positiva? El no uso sería el mayor abuso de los Jueces, puestos precisamente para hacer cumplir las leyes sin poder tener otra guía que ellas en la decisión de los negocios. La L. 3 tit. 1. lib. 2. R. manda que los pleitos así civiles como criminales se determinen por los ordenamientos, Leyes, Pragmáticas y Fueros *aunque no sean usadas* ni guardados. En el preámbulo de la ley 9. del mismo título se notan los males que habían sobrevenido de la no observancia de algunas leyes y Pracmáticas, y se ordena nuevamente que todas se cumplan no estando expresamente derogadas.

El auto acordado 2º tít. 1. lib. 2. R. dice: "Todas las Leyes del Reyno que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso". Esta sola ley concluye el argumento de la señora Himonet.

El capítulo 10. de la L. 62. tit. 4. lib. id. haciéndose cargo que el curso del tiempo, u otras causas puedan hacer necesario variar las leyes o dispensar de su observancia, no deja esta facultad ni a las primeras cortes de Justicia, y se reserva el Legislador el dar otras nuevas o autorizar el no uso de las ya dadas. "Por ser, dice, lo que más importa al buen gobierno de estos Reynos, y a la administración y derecho de la justicia la puntual observancia de las Leyes y Ordenanzas del Consejo y su cumplida ejecución, tendrá la sala de Gobierno cuidado de que ella y las otras salas de Justicia y todos los Tribunales y Justicias de estos Reinos guarden puntual y precisamente las Leyes sin consentir en ellas quiebra, omisión o disminución alguna, y si por el curso del tiempo u otras causas que lo pidan conviniere mudar alguna Ley Ordenanza, o hacerlas de nuevo, o dispensar de ellas, en tal caso lo acordará para que después de mirada con mucho acuerdo por la orden y estilo acostumbrado en el Consejo se me consulte, y sin orden expresa mía no se consienta que ellos ni otro Tribunal alguno ni nadie contravenga a las dichas leyes y Ordenanzas".

Después de estas disposiciones tan terminantes, o es preciso decir que la Ley 6ª citada de Partida debe tener un entero cumplimiento, o que las que acabo de transcribir tampoco se usan y que los Jueces del país están en la posesión de hacer ejecutar las que cada uno estime convenientes.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

¿Y no será también lícito llamar a juicio el no uso que se alega de la ley de Partida? Si tratásemos de la inobservancia de una ley penal dada para tiempos y costumbres menos suaves; si tratásemos de la falta de cumplimiento en el derecho sobre una forma menos substancial de los juicios, podría decírsenos que no entendíamos la Justicia ni las conveniencias sociales al exigir que las sentencias de los Jueces se arreglen a la letra de la Ley. Pero tratamos del derecho del propietario para hacer desalojar al inquilino que no se ha obligado a tiempo cierto; es decir, sostenemos un axioma que es también una ley. ¿Qué se diría si mañana alegase alguno que ya no se usa la Ley que hace temporal el préstamo de una cosa, y que hay un nuevo comodato perpetuo que transmite como las herencias el uso perpetuo de la cosa que se ha emprestado? ¿Por qué también no había un nuevo derecho para el uso, para la habitación, y usufructo? ¿Si podría alegar ante los Jueces que ya no se usa la inscripción hipotecaria aunque la ley la ha ordenado como esencial para que la cosa se juzgue hipotecada? ¿Podría alegarse que no es preciso convenir en el precio, y que basta en la cosa para que quede perfecto el contrato de venta? De este mismo género es la disposición de la ley de Partida, la facultad del dueño para despedir al inquilino, y no hacer de un contrato que solo da por su naturaleza acciones temporarias ni título perpetuo de posesión transmisible a los herederos.

Le faltaría también la razón a ese no uso que se alega de los derechos del propietario, y sería lo más contrario a los primeros intereses de este Pueblo. Condenar las casas de Montevideo a que solo produzcan el alquiler que ganaban el primer día que se arrendaron ¿qué otra cosa es que impedir del modo más eficaz que se aumente el valor de ellas? ¿Qué se diría de un uso que obligase a no vender un edificio sino por el precio de la primera venta? Cuando el aumento de la población demanda casas con la urgencia que ha demandado en este pueblo, impedir a los propietarios el aumento de los alquileres, es impedir la construcción de ellos, quitarles la esperanza de un mayor fruto del capital y hacer del dominio de un bien raíz un simple título para una renta que puede disminuirse, que puede acabarse, pero nunca aumentarse. Si no hubiésemos tenido en este pueblo otra ley sobre los arrendamientos que el auto para las casas de Madrid, la justicia, la razón, las necesidades del pueblo harían necesaria la no observancia de él; y tal vez para el caso contrario del que se ha alegado, sería únicamente aplicable la singular doctrina del no uso de las Leyes. Pero sobre

todo, ¿se ha probado, es cierto que está en desuetud la Ley 6 de Partida? No hablemos, por ahora de esas dos sentencias que se citan: luego nos ocuparemos de ellas. Hablo del no uso de los derechos que dan las leyes a cada uno de los contratantes en el contrato de locación, y no del uso de los Tribunales. Si se cita un caso que a un propietario le haya resistido algún inquilino el derecho de despojarle, yo citaré veinte que han reconocido esta facultad en los dueños. Este es el uso de que debe tratarse; si el ejercicio de este derecho, del que da la Ley 6. de Partida se acostumbra en el Pueblo, o si exijo una cosa inusitada por los propietarios. Lo demás no es costumbre en el sentido técnico de esta palabra en la disención de los derechos que las costumbres de un pueblo pueden dar al inquilino o propietario. Otra cosa son las sentencias de los Tribunales. Mas la señora de Himonet no ha visto por este lado este derecho no escrito contrapuesto a una ley positiva, y a los actos de todos los días de los propietarios con los inquilinos. Pasemos adelante.

¿Qué derecho pues debe observarse faltando el de la Ley de Partida? La señora Himonet ocurre al auto de Madrid, aunque unas veces quiere darle fuerza de ley en este país y otras lo considera como una mera costumbre. Antes de ahora he hecho ver que dicho acto es limitado al pueblo de Madrid, como en el mismo se dice. Es un fuero excepcional que destruye todos los principios del contrato de locación; bueno o malo, pero nacido de circunstancias especiales a la Corte, como muchas otras disposiciones que no se extendían fuera del rastro de Madrid. En la Corte no podían vivir familias numerosas. Nadie con su familia podía trasladarse allí sin una licencia que muy rara vez se concedía. Los médicos y cirujanos que salían una vez de Madrid no podían ejercer en aquel pueblo su profesión sin nuevos títulos. Había leyes suntuarias solo para Madrid, y aún los delitos y penas en la Corte se juzgaban y se castigaban de otro modo que en los demás pueblos de la Monarquía. Esa ley excepcional aún para la España, con menos razón puede aplicarse en la ciudad de Montevideo.

Y aún le falta las condiciones para ser ley en América. Como fue dado solo para las casas de Madrid no debió publicarse aquí ni jamás se publicó. El Consejo en el auto de 1º de Abril de 1767 tomó la resolución siguiente, renovada en Diciembre de 1804: "Conforme a lo dispuesto por derecho, dice, y a lo que se ha practicado en cuantas providencias, se haga saber al público de esta Corte y demás pueblos del Reyno que ninguna Ley, regla o providencia general nueva se debe

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

creer ni usar, no estando intimada o publicada por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón o bandos de las justicias o magistrados públicos".

En las leyes para América aún se exigía más. La L. 40. tít. 1º. lib. 2. de Indias ordena así: "Otrosí mandamos a los Virreyes, Presidentes, Gobernadores y otras cualesquiera Justicias de todas nuestras Indias y tierras firmes del Mar Oceano que no permitan se execute ninguna Pragmática de las que se promulgaren en estos Reynos, si por especial Cédula nuestra despachada por el Consejo de Indias no se mandase guardar en aquellas Provincias". Así es que en la Audiencia de Charcas se hallaban todas las Cédulas y provisiones que se insertaron después en la última edición que se hizo del Código de la Recopilación comunicadas a ese Tribunal para que rigiesen en todo el Virreinato de Buenos Aires. Creada la Audiencia del Río de la Plata en 1783 desde ese año comienza el Cedulario que se tenía en la Audiencia, y era y es incontrovertible en Buenos Ayres que la Cédula que no estaba en la Copia del Cedulario de Charcas o en el de la Audiencia del Río de la Plata, no tenía en estos pueblos fuerza alguna en conformidad a la ley citada de Indias. Siendo pues indudable que el auto para la casa de Madrid ni pasó por el Consejo de Indias, ni se comunicó a ninguna Audiencia de América, él no puede ser citado aquí como una Ley aún cuando contuviera una disposición general para todo el antiguo Reyno de España.

Pero se citan sus disposiciones como observadas por estos Tribunales: se recuerdan dos sentencias pronunciadas por la Excelentísima Cámara y se arguye que en igual punto de derecho deben los Jueces arreglarse a lo que en otras veces se ha juzgado. Una Ley de Partida manda todo lo contrario de lo que exije la señora Himonet: "Otrosí decimos que non debe valer ninguno juicio que fuese dado por fazañas de otro; fueras ende si tomase aquella fazaña de juicio que el Rey hubiese dado".[1] Fazañas se llamaban las sentencias arbitrales que los grandes y nobles pronunciaban en los negocios que se comprometían en ellos como lo dice Marina en su Ensayo Crítico. La L. 20. tít. 2. R. de Indias desde su epígrafe lo dispone también de la manera más positiva: *Que en el resolver y consultar los negocios por consejos de otras se advierta el estado presente de la causa.* El resto dice así: "El consultar y resolver algunos negocios por la consecuencia de lo que se ha hecho en otros, trae consigo muy grandes inconvenientes porque no en todos pueden concurrir unas mismas causas y circunstancias; y así encargamos a nuestro Consejo de Indias que cuando se hubieren de tratar y consultar negocios de esta calidad, y que se tuviesen por ordenanzas se advierta mucho el estado que las cosas tuviesen al tiempo que se tratase de ellas, y se hubiere dar consulta para que con esta consideración se traten y resuelvan las materias mas ajustadamente". Pedir que se sentencie de la misma manera que sentenció otra vez a más de ser contra la ley ya citada, rebaja la Magistratura a un oficio bien indecoroso. ¿A qué se reducían las funciones de los Jueces condenados a arrastrarse servilmente sobre los pasos y los errores, diré también, de los que los habían precedido? El Magistrado sería entonces un personaje muy mediocre. La autoridad de las leyes sería inferior a la autoridad de los Jueces. Sería preciso rodear sus sentencias de todas las formas que tienen las leyes para que los ciudadanos supiesen el derecho a que debían conformarse. Comúnmente el mismo Tribunal reforma sus sentencias, hay recursos para pedirlo así. Comúnmente el Tribunal revoca las sentencias de otro, como tantas veces se ha visto en los recursos de injusticia notoria. ¿Y a ésto quiere dársele el carácter de ley? ¿Por qué no ha de ser lícito pensar y saber más que lo que ha pensado y sabido el Juez anterior? ¿Qué títulos tiene el que era Juez en 1830 para que sus sentencias gobiernen al que ocupa su asiento en 1840? En ninguna parte menos que estos pueblos puede invocarse tal doctrina. En general el deber de los Magistrados, es juzgar por las leyes y no por comparaciones, *non exempli sed legibus judicandum est.* Las Leyes no han cedido a los Jueces el derecho de legislar, ni ciertamente, los que pronunciaron las sentencias que citan, pensaron que ellas daban a sus sucesores en el oficio una pauta necesaria. Si aún respecto a una cosa individualmente tomada hay el principio que lo juzgado entre otros no perjudica al que no ha litigado, ¿cómo puede decirse entonces que una, dos, ni diez sentencias sean ya una ley para los pleitos que después de ellas nazcan?

En los países como en la Francia, que exceptuando algunas constituciones particulares no tenía otro Código antes del de Napoleón, que el cuerpo de derecho Romano, se creó una jurisprudencia de las sentencias de las Cortes Supremas, ¿y qué sucedió con ella? Que había sentencias de una misma Corte pronunciadas en diversos tiempos diametralmente opuestas; que los abogados y compiladores de ellas las alteraron mil veces; que jamás se encontraba el *perpetuo, el similiter* que debía

[1] L. 14, Tít. 22, P. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

servir la regla y sobre todo, que nunca por ese derecho no escrito se quitó a los Jueces la libertad de pensar, ni se les impuso la obligación de sentenciar contra su conciencia un punto dado de derecho como antes hubiese sido sentenciado. La primera regla de esta jurisprudencia, como dice Mr. Dupin, es citar solo las sentencias cuando no hay ley sobre la materia *il ne faut citer les arrets qu'á defaut de loi precise*. La razón es clara, porque una sentencia contra las leyes lejos de servir de ejemplo debe ser condenada por todos. Yo podré decir pues que aunque las sentencias que se citan sean tantas que pueda decirse que es el perpetuo modo de juzgar de la Excelentísima Cámara aunque sean en negocios iguales no solo en la cuestión de derecho, sino en las circunstancias de las personas que muchas veces lo modifican, aún así dichos autos no deben tomarse como ejemplos por ser contra la determinación expresa de una ley terminante de Partida cuya disposición es un derivado preciso de todos los principios del contrato de locación.

Entretanto hablamos de casos supuestos porque ni se han puesto a la vista de Vuestra Señoría esos pleitos y sus decisiones, ni se ha probado que la Excelentísima Cámara haya perpetuamente sentenciado los pleitos en la manera que dice la señora Himonet, ni tampoco que los negocios tengan en el nuestro una absoluta semejanza, desde que este pleito principia con un contrato donde a lo menos se supone la facultad en el propietario para despedir al inquilino.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XII

PLEITO DE DON FRANCISCO LETAMENDI CON EL Dr. D. VICENTE ANASTASIO ECHEVARRIA

[SOBRE COMPRAVENTA DE UNA CHACRA Y EL PAGO DE SU PRECIO EN LETRAS]

Don Francisco Letamendi había seguido por más de doce años un pleito con el Dr. Vicente Anastasio Echevarría sobre una chacra. Este era un asunto muy notable en el pueblo y de él se ocupaban los diarios muchas veces. El Gobierno tenía facultades extraordinarias y nombró una comisión de tres abogados y dos comerciantes que lo sentenciaran en el término improrrogable de cuarenta días, yo fui uno de los Jueces. Redacté la sentencia definitiva y los fundamentos de ella en el término de dos o tres días.

* * *

Sentencia definitiva.

Y vistos: resultando de ellos no haber pagado el Dr. D. Vicente Anastasio de Echevarría el precio de la chacra a que se refiere el documento de foja 5.; no habiéndose chancelado esta obligación con las órdenes libradas sobre Huacho contra don Juan José Sarratea; no teniendo ellas tampoco todos los requisitos substanciales que mandan las ordenanzas para ser consideradas como letras de cambio, no pudiéndose por ésto aplicárseles la fatalidad de los plazos que en su negociación tienen las verdaderas letras; habiéndose por otra parte presentado, y protestádose a tiempo dichas órdenes en la ciudad de Lima, como igualmente dádose conocimiento y entregado los documentos que comprobaban el protesto a don Pedro Zuleta, apoderado general del Dr. D. Vicente A. de Echevarría, y encargado especialmente de cobrar a don Juan José Sarratea lo que debiese a su parte, y de hacer efectivo el pago de las órdenes giradas contra dicho Sarratea teniendo conocimiento de todo en tiempo oportuno el doctor Echevarría, según las cartas que

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

corren en autos de su apoderado, y del mismo don Juan José Sarratea. Considerando también que el Dr. D. Vicente A. de Echevarría librador de las órdenes no ha probado haber tenido fondos disponibles en poder de don Juan José Sarratea a la fecha del vencimiento de ellas y que, aunque ellos hubiesen existido no se habrían perdido por negligencia de los apoderados de Letamendi, sino que por la calidad de la persona contra quien el mismo libró, habrán corrido la misma suerte que los demás fondos hasta los treinta y cinco mil pesos que dice haber tenido en poder de Sarratea y que hasta el día no le han sido pagados. Considerando igualmente que no se ha dado la menor prueba por dicho Doctor Echevarría que el pagador de las órdenes don Juan José Sarratea, haya quebrado o empeorado su estado en el tiempo corrido del protesto al denuncio, ni en el restante tiempo hasta el presente; y por último, que esta comisión debe terminar estos pleitos, no de un modo nominal que prolongue las vejaciones de los interesados tanto más forzosas cuanto más extensas sean las responsabilidades que queden gravitando sobre la parte más conforme a equidad considerar implícita en dicho contrato la condición resolutoria para el caso de no cumplimiento de algunas de las partes, ni aparecer posible; que esta equidad no repugna a nuestro derecho siempre que la intención de los contratantes esté claramente manifestada; que ella lo está en nuestro caso, si no por palabras, al menos por hechos muy patentes, como es no haber querido Letamendi escriturar la venta hasta el percibo del precio, y no haber exigido el Dr. Echevarría este resguardo sabiendo el disfavor de su derecho en tal caso por texto expreso de nuestras leyes: que esta intención está confirmada en el hecho de haberse convenido el Dr. Echevarría varias veces antes de este pleito, en resolver el contrato devolviendo la chacra según sus mismas cartas y alegatos y también en el de haberse obligado a conservarla afecta al pago de su valor; hemos venido en mandar, por esta nuestra sentencia se devuelva dicha chacra a don Francisco Antonio Letamendi, con la leña cortada y demás frutos que se encuentren en ella, el tren de capilla, los muebles que existan de los que fueron entregados al Dr. Echevarría el año de 1818, todos los animales y útiles de labranza que estén destinados en la actualidad al servicio de la chacra igualmente los esclavos que fueron de dicho Letamendi, y que existan en el dominio del Dr. Echevarría; y al efecto el Oficial de Justicia don Pablo Areguati sin esperar nuevo mandamiento, luego de notificada la sentencia a las partes, y a más tardar en el término de segundo día sin

ninguna otra dilación por causa alguna y bajo la más formal responsabilidad por cualquier omisión, pondrá a don Francisco Letamendi en posesión de dicha chacra y demás especies designadas, pidiendo al Juez del lugar los auxilios que le fueren necesarios para el más exacto cumplimiento de esta sentencia, haciéndole saber que por decreto del Excelentísimo Señor Gobernador de la Provincia, debe ella ejecutarse en un término fatal que está ya al expirar. Condenamos igualmente al Dr. don Vicente Anastasio de Echevarría a pagar a don Francisco Letamendi la cantidad de 30 mil ps. moneda corriente en compensación de los frutos percibidos, con más las costas procesales desde foja 1ª hasta 499, con exclusión de las pagadas deduciéndose de dicha suma de 30 mil los 2 mil pesos plata que recibió don Francisco Letamendi como parte del precio de la chacra, los cuales se computarán, mitad plata y mitad moneda corriente; debiendo el Dr. Echevarría hacer el abono de la cantidad restante en el término de tres meses contados desde el día en que esta sentencia le fuere notificada; no quedándole derecho a Letamendi para pedir cosa alguna por perjuicios ocasionados en la chacra, ni acción al Dr. Echevarría para cobrar mejoras, o expensas de cualquier calidad que sean; declarándose también que entregada la chacra y demás especies, y con el valor líquido que resulte a favor de dicho Letamendi de los 30 mil pesos no tendrá ya derecho a cobrar cosa, ni cantidad alguna al Dr. Echeverría por los muebles, tren de capilla ni por partida alguna del cargo presentado a foja 2 del expediente formado por la demanda que entabló cobrando por esta razón a dicho Dr. Echevarría cantidad de pesos; ni al Dr. Echevarría le quedará acción ni derecho para repetir cantidad alguna del haber que en dicha cuenta se le reconoce, sin especial condenación de costas en este expediente. Igualmente se declara no haber lugar al Juicio ejecutivo que entabló el Dr. Echevarría contra don Francisco Letamendi cobrando cantidad de pesos por la libranza aceptada por dicho Letamendi a la orden de don Toribio Luzuriaga, y demás documentos presentados en dicho expediente pudiendo el Dr. Echevarría perseguir su acción en juicio ordinario, satisfaciendo también cada parte las costas causadas en dicho expediente. Téstense las expresiones que han motivado la demanda de injurias puesta por el Dr. Echevarría contra don Francisco Letamendi condenándose a éste en las costas de dicho expediente. Dése cuenta al Excelentísimo Señor Gobernador de la Provincia de esta sentencia explanándole los fundamentos que la han motivado.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Fundamentos de la Sentencia

Excelentísimo Señor.

Cumplimos con el deber de dar cuenta a Vuestra Excelencia de la comisión que se sirvió conferirnos para juzgar los pleitos que seguía don Francisco Letamendi con el Dr. Don Vicente Anastasio Echevarría, acompañándole copia de la sentencia definitiva que hemos pronunciado, condenando al demandado por unanimidad de sufragios.

La confianza que merecimos de Vuestra Excelencia al encargarnos la decisión de este arduo negocio, la espectabilidad de la causa y nuestro honor mismo nos obliga a exponerle los fundamentos que hemos tenido en vista al resolver el pleito en los términos en que lo hemos hecho. Si el tiempo nos permitiese [otra cosa] que escribir muy ligeramente justificaríamos hasta la evidencia nuestra resolución y mostraríamos a Vuestra Excelencia que al hacer uso de la jurisdicción que se sirvió delegarnos, hemos llamado a examen hasta los menores hechos que constan de los autos y discutido el derecho de las partes con presencia de todas las leyes de la materia, y de las doctrinas de los primeros jurisconsultos. Esperamos sin embargo que lo que diremos, sea lo suficiente para probar la justicia de la sentencia que nos hemos visto obligados a pronunciar.

El Dr. Echevarría compró en 23 de Junio de 1818 a don Francisco Letamendi una chacra en la cantidad de 24 mil pesos. De esta suma debían quedar sobre la misma finca 4 mil pesos que desde antes reconocía Letamendi a favor de la Universidad de Córdoba: pagó el comprador 2 mil pesos y quedó por lo tanto debiendo 18 mil pesos. Estos debía abonarlos en dos plazos; una mitad al año y la otra a los dos años. Vendida así la finca, se entregó al Dr. Echevarría, y Letamendi se fue a Europa dejando aquí apoderados para percibir los 18 mil pesos. Vencido el primer plazo no pagó el Dr. Echevarría los 9 mil pesos que debía abonar por la razón de no tener dinero. Se venció también el segundo plazo e igualmente no pagó el comprador ni el primero ni el segundo vencimiento por el mismo motivo de no tener fondos. Los apoderados de Letamendi prefiriendo recibir más bien en otro lugar el importe de la chacra que disolver el contrato, le pidieron al año de cumplido el último plazo, letras para pagarse en Lima

de los 18 mil pesos, persuadidos de que allí podría realizarse el pago según noticias que tenían de don Juan José Sarratea. El Dr. Echevarría accedió a esta demanda, y giró contra Sarratea deudor de él, según dice, letras por 24 mil pesos para percibir también de su cuenta 6 mil pesos con deducción de los costos de la conducción de los fondos hasta Buenos Aires. Estas letras no se han cubierto hasta el día de hoy, y se hallan originales en los autos. El Dr. Echevarría excepciona la demanda de Letamendi, diciendo que dichas letras han sido perjudicadas por culpa de sus apoderados y que por tanto debe ser de su cuenta el importe de ellas. Este es Señor el pleito principal.

Al entrar en el examen de esta causa notamos dos hechos muy principales que han causado este largo pleito. El Dr. Echevarría como él mismo lo dice (f. 8 de la exposición), no tenía fondos para comprar la finca de Letamendi. Celebró sin embargo el contrato obligándose a días fijos, no contando con otros recursos que con los productos eventuales e inciertos que le diesen dos buques que había despachado a corso sobre las islas del Asia, y a otras distancias inmensas del lugar en que debía verificar el pago. Las consecuencias de una imprudencia tal, debían o traer un largo pleito, o causar la disolución del contrato. Engañado en sus esperanzas, dice que propuso pagar con la misma chacra: pero bajo esta frase es visto que se trata de disolver el contrato por la falta más positiva de su cumplimiento.

Vencidos los plazos para verificar el pago, el Dr. Echevarría no lo hizo por no tener fondos. Hasta entonces él no opone excepción alguna y reconoce llanamente el derecho de Letamendi. Pasan sin embargo dos años desde el vencimiento del primer término sin pagar cosa alguna, a pesar de estar percibiendo todos los productos de la chacra. Entonces fue cuando los apoderados de Letamendi le pidieron letras contra don Juan José Sarratea. Resulta pues que el Dr. Echevarría no cumplió con el contrato de compra; que se había constituído deudor moroso de la cantidad a que se había obligado; que no abría camino alguno a los apoderados para que siquiera tuvieran esperanzas de que se verificara el pago. Resulta también, que el tomar letras contra Sarratea, no era un acto estipulado en el contrato; que las letras se recibieron después de dos años de haberse constituido en mora el Dr. Echevarría; y que si él hubiera pagado lo que debía pagar, y a los términos en que debía hacerlo, no hubiera habido letras ni ocasión para este largo pleito. Nosotros siempre juzgaremos que no siendo enteramente substancial el descuido de los apoderados de Letamendi en la negociación de letras no tiene motivos

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

para quejarse el que compró una valiosa finca sin tener fondos algunos ni esperanza racional de obtenerlos; y que urgido por el contrato confesó que no podía satisfacerlo y se constituyó deudor moroso del precio de la venta.

Puestos estos antecedentes entraremos a las cuestiones que se han ventilado en juicio.

El Dr. Echevarría giró letras por triplicado del tenor siguiente: Buenos Ayres 8. de Agosto de 1821 — por pesos 6 mil en plata u oro = A cien días vista se servirá U. mandar pagar por esta mi primera de cambio no habiéndolo ejecutado por la segunda o tercera, a la orden del señor don Francisco Lezica la cantidad de seis mil pesos, plata u oro por cuenta de los fletamentos que hayan devengado mis buques Fragata Argentina y corbeta Santa Rosa en el transporte del Ejército Libertador a las costas de Lima, al mando del Excelentísimo Señor don José de San Martín, cuya suma con su recibo será abonada a Ud. en aquélla, y servirá de descargo con respecto a la liquidación final que haya de hacer con su Comandante don Hipólito Bouchard, según aviso de esta fecha — Al señor don Juan José de Sarratea — Puerto de Huacho o donde se halle — Vicente Anastacio Echevarría.

¿Son éstas verdaderas letras de cambio? ¿El contrato de que proceden, y la forma en que están concebidas obliga al tomador de ellas a las diligencias de protesto y denuncia en los plazos determinados para las verdaderas letras de cambio? He ahí la primera cuestión de esta causa. Nosotros hemos considerado como simples mandatos de pago los papeles de crédito girados por el doctor Echevarría, sujetos únicamente a la legislación civil sobre mandatos; fundándonos en las consideraciones siguientes.

El contrato de cambio puede existir sin las letras pero las letras de cambio no pueden existir sin el contrato.[1] La letra de cambio no es sino el modo de la ejecución de un contrato que no puede existir sin la remisión de fondos de un lugar a otro, por un cambio de valores. Todo lo que no supone o no permite suponer este cambio, es contrario a la naturaleza de este contrato[2]. Letamendi vendió la chacra y el doctor Echevarría se obligó a hacer el pago en Buenos Ayres. En este pueblo se le cobró: aquí se constituyó deudor moroso. El contrato de venta

1 PARDESSUS, *Traité des lettres de changes*, nº 528.
2 Id., nº 455.

no decía tampoco que se tomarían letras en pago. Ellas se dieron no para satisfacer un contrato de cambio, sino un contrato de compra y venta. Al tomarlas, los apoderados de Letamendi no celebraron ninguna nueva convención, y sólo trataban de que se les pagase el precio de la chacra. Ellos no dieron aquí ningún dinero para que por vía de cesión se les transportase a Huacho. No necesitaban el dinero en aquella plaza, sino en Buenos Aires. El mismo doctor Echevarría reconocía deberlo aquí, y estaba convenido a pagar los costos del transporte de Lima a este pueblo; sólo por no poder cumplir el contrato, iba a hacer el pago en otro lugar. ¿Hay pues algún género de cambio en la dación de las letras? ¿Qué se dió en cambio del dinero que el doctor Echevarría debía entregar en Huacho? Nada: la chacra estaba enajenada hacía tres años, y ya no podía ser la materia de un cambio. Tampoco podía serlo la acción que daba a Letamendi el contrato de venta, porque ella era lo mismo que se trataba de satisfacer, y dependía de otro contrato que aún quedaba vigente como quedó después de las letras el contrato de venta.

Por otra parte los contratos jamás se presumen, sino que como los demás hechos deben probarse plenamente.[3] Es preciso salir de los sencillos y claros principios del derecho y caminar sobre la más abstracta metafísica para clasificar de contrato de cambio una orden de pagar el dinero que se debe por compra de un inmueble.

El modo con que están concebidas las letras demuestra también que ellas no pueden ser tenidas por verdaderas letras de cambio.

La legislación mercantil es una legislación de excepción.[4] Ella precisamente da derechos e impone obligaciones que no ha impuesto el derecho civil; legislación unas veces de privilegios y otras del más estricto derecho penal, no puede recibir extensión a otros casos que aquéllos a que el legislador la ha aplicado; y si las circunstancias del negocio no son ajustadas a los hechos que ella comprende no es justo sacar a los hombres de la autoridad dulce y apacible del derecho común, según la expresión de Mr. Dalpierre.

En materia de letras de cambio el derecho mercantil es el más estricto como lo es el derecho civil respecto a los mandatos, ventas y cesión de acciones; y por ésto es una máxima de los pri-

3 FABRE, Cód. Fabric., tít. De jure dot. definit. 18.
4 LOCRÉ, *Esprit du cod. de Commerce*, tom. 2º.

Biblioteca del Gioja. UBA
acceso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

meros jurisconsultos, que mientras más son los favores que la ley ha querido acordar a las letras de cambio más circunspecto debe ser el juez para no dar este título a papeles de crédito que no tienen todos los caracteres de las letras. Estos caracteres son determinados por la ley; su existencia, su reunión es la que forma la letra de cambio y no la denominación que le dan las partes.[5] Al conceder privilegios a las letras de cambio, las leyes también han tratado de impedir el abuso de disfrazar bajo el nombre de cambio, negociaciones contrarias a la verdadera naturaleza de este contrato; y por ello han deducido a la simple calidad de mandatos aún aquellos actos que redactados bajo el título o formas aparentes de letras de cambio no tienen sin embargo todas las calidades requeridas o contienen la suposición de estas mismas calidades.[6] Las letras giradas por el Dr. Echevarría son letras imperfectas, y no verdaderas letras de cambio. Para que fuesen tales a más de deber originarse esencialmente de un contrato de cambio, debían contener la expresión del valor recibido por ellas, y la especie en que hubiese entregado.[7] Razones fundadas sobre el interés particular del comercio, dice el respetable jurisconsulto cuya letra vamos tomando, han exigido que se expresase en las letras de cambio que el valor hubiese sido dado y la especie en que lo fuese; y de aquí debe concluirse que no se deben considerar como letras de cambio aquellos escritos que, aunque lleven esta denominación y tengan todas las otras formas, no expresaren que el valor ha sido entregado o la enunciación de este mismo valor.[8] Y en general, partiendo del primer principio que la legislación mercantil es de estricta interpretación y que el legislador ha dado a las letras de cambio una forma determinada y precisa, concluyen los doctores del derecho que la omisión de cualquiera cosa sustancial le hace necesariamente imperfecta; y como su imperfección si no proviene de la omisión de condiciones esenciales a las demás clases de obligaciones no debe destruirla, es justo darlo el efecto de una obligación ordinaria y no privilegiada, y de hacerla ejecutar por los que han reconocido los deberes contenidos en aquel acto que su imperfección no permite calificar de letra de cambio sino de un verdadero mandato.[9]

Si las letras de cambio han obtenido de las leyes tantas excepciones y privilegios, es porque son el resultado de la celebración de un contrato que más interesa al comercio, y porque llevan consigo remesa de plaza a plaza. El mandato de pago de una utilidad menos extensa no debe tener el grado de consideración particular que el interés del comercio demandaba para las primeras. Comúnmente él no es sino una obligación civil causada por otra cosa que por un acto de comercio: una cédula transmisible con más o menos celeridad a la cual la ley no ha querido quitarle su carácter primitivo. El ser girado a la orden no le desnaturaliza, ni puede convertirle en letra de cambio[10] porque esta circunstancia mira a su circulación, pero no se refiere al contrato de que procede ni suple las demás calidades de las letras de cambio.

El Señor Savary[11] refiere haber sido consultado sobre una letra del tenor siguiente: "Munich Mayo 10 &. Por 9.960 libras. Por esta única de cambio se servirá pagar a la orden de su Alteza electoral de Baviera la suma de 9.960 libras según aviso Francisco y José Guler — A. M. Miguel Huche — Aceptada. Miguel Huche". Disputábase si ésa era o no una letra de cambio a la cual se pudieran aplicar las leyes sobre protesto, denuncia, etc.; y Savary da su dictamen rseolviendo que la letra en cuestión no es una letra de cambio, porque su Alteza electoral no había puesto en manos del librador la suma que indica la letra; porque el girador de la pretendida letra no dice haber recibido el valor de ella; que no hubo cambio sino una orden para entregar por otras causas la cantidad librada; porque la expresión única de cambio no forma la letra y puede omitirse, como muchas veces se omite en las verdaderas letras de cambio; y así decide que dicha letra no es sino una simple rescripción o mandato de pago. Parece que este célebre jurisconsulto hubiese tratado de resolver la presente cuestión.

Merlin refiere también[12] una causa semejante, decidida en los Tribunales de Francia, declarando no reputarse como letra de cambio la orden librada para hacer un pago que debe ejecutarse por otro contrato que el de cambio.

Y en efecto ¿qué es un mandato de pago? Un escrito, definen los jurisconsultos[13] por el cual una persona encarga a otra entregar a un tercero una cantidad de dinero. Como no se ex-

5 PARDESSUS, nº 90.
6 PARDESSUS, nº 424.
7 Ord., cap. 13, nº 2.
8 PARDESSUS, nº 504; SAVARY, *Parere*, 102.
9 POTHIER, Contrat de Change nº 20; PARDESSUS, nº 507.
10 PARDESSUS, nº 493.
11 *Parere*, 102.
12 Repert. verb. rescript.
13 POTHIER, *Traité du contrat de change*, nº 225.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

presa en él que el valor ha sido recibido del tomador del mandato, puede el librador revocar la orden [14] como no puede hacerlo el girador de una letra de cambio. El mandato de pago puede tener por causa la entrega de una herencia, por ejemplo, o la satisfacción de cualquiera otra obligación civil, mientras que la letra de cambio debe esencialmente proceder del contrato de cambio. Así, pues, un escrito redactado bajo la forma y apariencia de letra de cambio, no puede ser considerado como tal, si él no tiene los caracteres, y si no reúne todas las formas de la letra de cambio; pero a menos que él no esté privado de las cualidades sin las cuales una obligación no puede subsistir, entra en la clase ordinaria de los contratos, y sólo debe tener los efectos que resulten de la naturaleza de la obligación que compruebe.[15] El papel escrito por el doctor Echevarría no ha procedido de un contrato de cambio; no expresa por él haber recibido valor alguno, ni determina la causa por qué se ha dado; y principalmente él reconoció deber los costos del transporte del dinero desde Lima a Buenos Ayres; circunstancia que marca del modo más especial que no había habido contrato de cambio, y que sólo se trataba de pagar una deuda. Luego no es una letra de cambio, sino un simple mandato de pago; y no se diga que ésta ha sido una mera omisión, pues era imposible expresar el valor recibido. Valdrá por lo tanto aunque no tenga expresada la causa, como valdría cualquier otra obligación cuya causa fuese verdadera aunque no se hubiese determinado.

Apoyados en estos principios hemos podido concluir que no habiendo hablado nuestras leyes mercantiles de los mandatos de pago, quedan ellos bajo la autoridad del derecho civil; y como las leyes particulares a letras de cambio no deben ser aplicadas al simple mandato, aunque sea negociable por vía de orden, no hay dilación fatal para protestarlos, y recurrir sea contra el autor del mandato, o de la letra de cambio reducida a esta simple calidad sea contra aquéllos que la han transmitido por orden; y este derecho puede ejercerse durante el tiempo acordado para las acciones ordinarias. Esta es la resolución de los más doctos escritores en la materia.[16]

Consideraremos sin embargo las órdenes sobre don Juan José Sarratea como verdaderas letras de cambio. El doctor Echevarría dice que dichas letras están perjudicadas de cuenta de Letamendi por dos causas principales: 1ª por haber el tomador concedido plazos y moratorias al pagador; 2ª por no haberse denunciado el protesto a tiempo. El primer hecho, es preciso decirlo, es enteramente falso. El doctor Echevarría en su última exposición foja 25 dice: "Tratando de la conducta de los apoderados de Letamendi desde el momento en que recibieron las letras, confesaré ingenuamente que nada tengo que reprocharles en todo lo que respecta a las presentaciones para aceptación y pago".

[14] POTHIER, Nº 231. HEINEC, Elementa jur. camb., cap. 3.
[15] PARDESSUS, Nº 507.
[16] SAVARY, *Parere*, 20. HEINEC, Elem. jur. camb., cap. 3. PARDES, nº 494.

No solo de las letras sino también de las correspondencias que corren en autos, consta que ellas fueron presentadas a tiempo y anotadas debidamente con uno y otro protesto. ¿Quién no ve que son dos ideas las más contradictorias, protestar a tiempo, y otorgar plazos? Conceder plazos no puede ser otra cosa que extender el plazo de la presentación o pago de letras; pero el que las ha protestado, y protestado a tiempo no ha otorgado sin duda plazo alguno. Las letras se giraron el 8 de Agosto, y ya el 3 de Noviembre aparecen protestadas en Lima. Después del protesto los apoderados de Letamendi, no tenían qué hacer con Sarratea. El doctor Echevarría dice más, que Udaeta concedió plazos "acordándolo con quien debía según él mismo lo ha dicho". Esta expresión y el hecho de los plazos trae su origen de la exposición de Udaeta a foja 47 v. Ella dice así: "El que expone, bien persuadido de que el doctor Echevarría resistiría a todo trance la devolución de la chacra; que fuera de Lima no habría cómo poder cobrar sin entrar en un litis muy moroso y que acabaría de consumar la ruina de Letamendi tuvo en vista, fuera de estas dos consideraciones, la de evitar pleitos y medios estrepitosos que eran inevitables, y creyendo bien resguardado el derecho de Letamendi con la protesta, entró a tratar de obtener el pago sin perdonar súplicas ni paso alguno capaz de producir un buen resultado y consiguientemente, de acuerdo con quien debía, previno a los señores Winter, Brittain y Waddington que remitiesen las segundas, a ver si se lograba que Sarratea pusiese la aceptación, añadiendo que siempre que ésto se aviniese a ello podían concederle tres meses más para la totalidad, bajo las seguridades de estilo". Se ve, pues, que los apoderados de Letamendi, temiendo que el doctor Echevarría no les pagase los diez y ocho mil pesos, trataban solo de obtener la aceptación de Sarratea aunque fuese dándole plazos; pero ni Sarratea aceptó las letras ni ellos le dieron plazo alguno.

Pasemos al protesto. Consta efectivamente que él no fue denunciado al doctor Echevarría por el tomador de las órdenes a

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

tiempo oportuno, y en ésto nótese de paso, es imposible comprender un dolo, porque él solo refluía en perjuicio de los apoderados de Letamendi. Pero hay otros hechos que hacen de ningún valor la *falta de denuncio*. 1º El doctor Echevarría tenía un apoderado en Lima con el objeto de hacer pagar las letras y cobrar lo restante a Sarratea, y a este apoderado se denunció el protesto y se pusieron en sus manos los documentos de diligencia. 2º El apoderado le hizo saber al doctor Echevarría en tiempo oportuno el protesto de las letras. 3º El mismo Sarratea después de vistas las letras dos días antes del protesto le escribió que no podía aceptarlas. Que el doctor Echevarría tuviese un apoderado en Lima con los objetos expresados, está plenamente probado en autos. En la exposición impresa del doctor Echevarría está copiado un documento, por el que se ve que don Pedro Zulueta se presentó en los Tribunales de Lima contra don Juan José Sarratea, como apoderado general del doctor Echevarría; que se les admitió un juicio, y como a tal lo reconoció Sarretea. Don Pedro Zulueta, escribiéndole a don Samuel Price sobre las letras en cuestión principia así su carta de foja 191: "Como apoderado general del doctor don Vicente Anastacio Echevarría, vecino de Buenos Ayres, etc.". El mismo Zulueta escribiendo al apoderado de Letamendi le dice en la carta de foja 36: "Siendo el objeto principal de mi venida la chancelación con él (Sarratea) y cubrir las letras del señor Letamendi, no es justo vuelva con cuentos y enredos.." El doctor Echevarría en su informe ante la Cámara lo llama a Zulueta "encargado particular de este negocio" (del de las letras) En fin sobre este hecho no hay duda alguna pues en todos los autos figura don Pedro Zulueta como apoderado general del doctor Echevarría y encargado particular del negocio de las letras.

Que este apoderado supiese del protesto; que se le hubiesen entregado los documentos que lo comprobaban, y que él lo hubiese hecho saber al doctor Echevarría consta también de los documentos siguientes. A los seis días de llegar a Lima el apoderado del doctor Echevarría le escribe la carta de foja 429 fecha 8 de Marzo, y le dice: "La libranza de los 24 mil pesos contra Sarratea no la aceptó según la carta que le había escrito con fecha 1º de Noviembre. Con la de 30 escribe a Udaeta y Letamendi amistosamente como aceptando. Le tengo dicho que acepte en forma para pasarle en partida de data, o me dé el dinero para cumplirla". Es decir que a los cuatro meses del protesto ya tuvo noticia de él, el apoderado del librador; que se lo avisó en primera ocasión al girador de las letras, y que ya cobraba el dinero

librado contra Sarratea. Este hecho es de la mayor importancia. Zulueta le escribe también al doctor Echevarría con fecha 6 de Octubre de 1822 foja 433 y respecto a las letras le dice: "La libranza de los 24 mil pesos vino a favor de un inglés Mr. Braest. Este, viendo que Sarratea no la pagaba, la protestó según usanza de comercio, y la devolvió a Mr. Brittain, siendo éste el resultado de la citada libranza, sin que hasta hoy se haya dado un real". Escribe Zulueta al apoderado de Letamendi a foja 41 y le dice: "¿Y cuál ha sido y es el éxito de la libranza? Devolverla Mr. Braest con la correspondiente protesta por no haberla aceptado el deudor". Le escribe también el doctor Echevarría la carta de foja 430 fecha 25 de Marzo de 1822, y le dice: "Se está formando la cuenta con Sarratea: insisto en el cumplimiento de la libranza, o cuando menos en la aceptación". Le escribe igualmente la carta testimoniada de foja 43 y diciendo que va a pedir ejecución contra Saratea, agrega: "Para ello tengo documentos judiciales de la protesta, y no admitida libranza".

Por último, el doctor Echevarría supo a tiempo por el mismo Sarratea que las letras no serían aceptadas. El 1º de Noviembre de 1821 antes de cumplirse tres meses, desde el giro de las letras le escribe Sarratea la carta de foja 329 y le dice: "Por parte del Protector tiene un fuerte alcance: todo ésto he hecho presente al tenedor de las letras, Mr. Price, por lo que se conoce sobrar fondos. Mas no me he atrevido a aceptarlas temeroso de alguna ocurrencia imprevista, y no ser solo el asunto; pero puede U. descansar, en que no dejaré de hacer lo posible para que sean cubiertas".

Supo pues el apoderado del doctor Echevarría, que las letras habían sido protestadas, y tenía documentos judiciales del protesto. Consta igualmente que Sarratea fue exigido para la entrega del dinero si no las aceptaba, y que el librador de ellas supo también el protesto. ¿Será preciso que la denuncia se haga necesariamente por el tomador para que no sea de su cuenta el perjuicio de las letras? Valga por muchas que pudiéramos citar la autoridad de Casarregis, cuyas opiniones son tenidas por leyes en el Consulado de Génova. Tratando de las cosas en que la falta de denuncio del protesto, no perjudica al tomador de las letras dice:

Secundus casus est quando constaret per literas avissi, vel quolibet alio modo cercioratum fuisse debitorem cambii tempore oportuno de non aceptatione vel solutione non secuta est, quia protexta introducta fuerunt ad efectum cerciorandi debitorem

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cambii unde satis est in hoc quod per equipollens adimpletum''.[17] Y el autor comprueba esta doctrina con la decisión de tribunales que al efecto cita. Aplicada una resolución tal al caso presente, aparece más racional por la muy notable circunstancia de tener el doctor Echevarría un apoderado con el objeto de cobrar a Sarratea. Si el encargado de sus negocios supo del protesto; si en virtud de ésto insistió en que se le pagase, o se aceptasen las letras, y si como va a verse, él cobró todo a Sarratea, inclusa la suma librada, están satisfechos los objetos del denuncio del protesto, que son, que el girador pueda cobrar a su deudor la cantidad librada y no pagada.

Si fue cierto que el doctor Echevarría dejó de cobrar a Sarratea los 18 mil pesos desde que giró las letras, habría alguna razón para cargar a Letamendi con los perjuicios de ellas, no tomando en cuenta otros hechos que luego se expondrán; pero no es cierto lo que el librador asegura que giradas las letras dio orden a su apoderado en Lima para que no cobrase los 18 mil pesos. Las letras se giraron el 8 de Agosto de 1821; la ciudad de Lima fue tomada el 9 de julio del mismo año: es decir que a la fecha del giro de las letras tal vez no se sabía en Buenos Aires que Lima estaba rendida. Comprueba ésto el no haberse girado las letras sobre Lima sino sobre Huacho, o donde Sarratea se hallase. Por fin hay un documento en autos que todo lo aclara. El doctor Echevarría no ha tenido otro apoderado que don Pedro Zulueta; véase ahora cuando llegó a Lima este individuo. Le escribe al doctor Echevarría la carta foja 429 fechada en Lima 8 de Marzo de 1822 y le dice: ''Hace seis días que felizmente arribé a esta ciudad, después de una navegación muy favorable''. Luego no es cierto que en Agosto del año anterior tuviese su apoderado en Lima, y le diese orden de no cobrar a Sarratea los 18 mil pesos.

Decimos que Zulueta no dejó de cobrar aún el importe de las letras. Consta de autos a foja 439 que se presentó en juicio poniendo posiciones que absolvió Sarratea y la tercera está concebida así: ''Igualmente que aplicaciones ha hecho de la importancia ganada por las dos citadas Fragatas de mi comitente''. Es decir que lo llama a cuenta sobre todos los fondos de que le juzgaba deudor. Escribiendo al apoderado de Letamendi la carta de foja 141 quejándose de Sarratea por el no pago de las letras, le dice: "Mas nada me acobarda, porque estoy en el Perú y tengo justicia. Constante he de ejecutar a la entrega del haber del

17 CASARREGIS, Disc. 54, núm. 40.

señor Letamendi, ya que las consideraciones no han sacado más fruto que un desprecio abusivo".

Zulueta escribe a Mr. Price y le dice: "Tengo amplias facultades para que, si devolvieron protestadas ante escribano según estilo de comercio por no haberse aceptado, hacerse cubran a la mayor brevedad''. El mismo Zulueta escribe al doctor Echevarría a foja 331 y le dice: "Sin demora alguna, y a pesar de haberle ofrecido afianzar en ésta con los mismos fondos que el Estado debe, haga Ud. subrogar a Sarratea de la fianza, remitiéndome una credencial para amolar esta pieza; pero en todo caso cuenta Ud. con su chacra realenga, porque los 24 mil pesos librados es de su cuenta (de Sarratea) satisfacer, como lo acreditará la que está al concluir. Así expóngales de mi parte a los interesados, y Ud. descanse en ella como suya propia''. Lo mismo dice la carta de foja 430 que está en cuenta con Sarratea para dejarle libre la chacra. El 3 de Junio de 1822 escribe Zulueta a don Prudencio Orueta a foja 204 y hace la consulta siguiente: ''Para que él, pues (Sarratea) se desengañe que no soy enemigo de nadie sino del que obre mal, y que sin esta consulta lo debía ejecutar, suplico a Uds. que de acuerdo con el doctor Echevarría convengan si quedará Sarratea a responder de esta cantidad (los 18 mil pesos) o si por la totalidad seguiré la ejecución". Pudieran citarse otros comprobantes de lo mismo, si no juzgáramos que lo expuesto era lo suficiente.

Supóngase sin embargo, que el denuncio del protesto no se hizo a tiempo, y que por éste el Dr. Echevarría no pudo dirigirse contra Sarratea. Aún así, las letras no serían de cuenta de Letamendi, pues con esa omisión en nada le habría prejudicado. Nuestras leyes no han formado un título de adquisición de la negligencia ajena, ni han pensado hacer de los papeles de crédito un juego de azar. No han dicho que no denunciándose el protesto a tiempo, ya la letra sea de cuenta del tomador: han mandado solamente ''que en faltando en uno y en otro tiempo a hacer dichos protestos y sus remisiones, serán de su cuenta los daños y perjuicios que por ellos se siguiesen''.[18] De modo que el doctor Echevarría se ha hallado en el deber de probar los perjuicios que le ocasionó la negligencia de los apoderados de Letamendi, y de otro modo sus letras no han podido llamarse perjudicadas. Nosotros hemos observado que antes de girar las letras, nada había cobrado a Sarratea: que siendo la deuda lo menos de 35 mil pesos según dice el doctor Echevarría, después de giradas las letras

18 Ord., Cap. 13, núm. 28.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

nada tampoco ha podido cobrar de su deudor, y que éste sólo le entregó 1.100 pesos. Puede juzgarse entonces que tampoco habría cobrado los 18 mil pesos librados. Por otra parte, si Sarratea hubiese excepcionado el pago con alguna referencia a las letras, o si hubiese quebrado en el intermedio del protesto al denuncio, podrían entonces ser atendibles las razones del doctor Echevarría: pero no se ha probado ni aún se ha dicho que alguna vez Sarratea hubiese dejado de pagar a causa de las letras que contra él se giraron. No se ha dado la menor prueba de haber quebrado Sarratea en sus negocios ni mudado su estado para no poderle cobrar lo que se le pudo exigir el año de 1821. Esta prueba tan absolutamente necesaria no la ha podido dar, o no la ha dado el doctor Echevarría.

Pero sobre todo ¿tenía hecha provisión de fondos en poder de Sarratea a la fecha de la presentación o del vencimiento de las letras? ¿Le era deudor Sarratea de alguna suma líquida y exigible tal que pudiese servir de provisión? En todo este largo pleito no ha presentado el doctor Echevarría documento alguno otorgado por Sarratea. La deuda de los fletes no se muestra clara, ni se ve que pudiese ser exigible. El apoderado del doctor Echevarría, así que llega a Lima, le escribe la carta de foja 429, diciéndole: "Llamé a Bouchard a bordo para informes que me eran precisos: le he visitado y pedido algunas veces los documentos y órdenes que estoy impuesto paran en su poder. Mas hasta hoy sólo uno he visto. No hay escrituras de los contratos celebrados, cuando otros buques tienen. Veo una informalidad que para arreglarla me va a costar gotas gordas". Por otra parte, ¿cuándo debía pagar Sarratea los 35 mil pesos? ¿Era al tiempo de hacerse el contrato? y ¿porqué entonces no se cobraron antes? ¿Tenía su deuda alguna referencia a los pagos que el Gobierno le hiciese? ¿El doctor Echevarría o el Comandante de los buques era el que debía cobrar? He aquí una porción de dudas sobre la naturaleza de ese crédito.

Los autos demuestran que por mucho tiempo se le exigió al doctor Echevarría el pago de los 18 mil pesos. No pudiendo verificarlo, iba según él dice a entregar la chacra cuando los apoderados le pidieron letras sobre Lima. Esto hace ver que él no podía contar con el dinero que dice estaba en poder de Sarratea. Lo hubiera hecho venir, o hubiera propuesto libranzas sobre él, como estuvo tan pronto a acceder a las que se le pidieron.

Por las cartas de Sarratea, por las notas que puso en las letras al presentársele, y por las cartas de Zulueta, se ve que los

fondos sobre que libró el doctor Echevarría, eran por entonces inexigibles, ya porque había otros copartícipes que se creían con derechos a gestionarlos, ya porque Sarratea deducía una excepción sobre su desembolso; ya porque los haberes que contaba para el pago dependían del Gobierno de Lima. Sarratea, al presentársele las letras, puso a la espalda de ellas: "Hasta la liquidación general de este transporte no puedo aceptar ninguna letra, a pesar que con la deuda que debe pagar el Estado a los dueños del buque, considero mucho mayor cantidad a favor del señor Bouchard. Lima 3 de Noviembre de 1821". Esta nota puesta en todas las letras indica tres cosas: 1ª que la deuda era directamente a favor del comandante Bouchard y no del doctor Echevarría; 2ª que ella estaba sujeta a una chancelación de cuentas, y 3ª que el Estado era quien debía pagar a los dueños del buque. El apoderado del doctor Echevarría, así que llegó a Lima, le escribe la carta de foja 430 y le dice: "Tengo a la vista su apreciable de cuatro de Febrero que acabo de recibir; en ella veo que ya había (Bouchard) increpado a Ud. sobre haber librado los 24 mil pesos. Celebro haya conocido Ud. su arbitrariedad y que él se le haya dirigido. Me ha dicho que Ud. sólo piensa en pagar su chacra, y muy enojado por la libranza". Posteriormente sobrevino un pleito entre Bouchard y el apoderado del doctor Echevarría resultando que el primero se tomase la mayor parte de los fondos que debía el Gobierno. Esto a lo menos demuestra que el doctor Echevarría no era el único acreedor de aquella suma.

Que el gobierno fuese el deudor y no Sarratea o a lo menos que la obligación de Sarratea dependiese de su cumplimiento de los pagos que hiciera el Estado, está probado con la carta del apoderado del doctor Echevarría a foja 43. "Hoy mismo, le dice, agitado estoy en cortar estas cavilaciones por medio del comisario y Ministro de Guerra, según advertirá Ud. del informe del 1º que en copia acompaño, y del cotejo de sus cavilaciones sin tiempo. No hay paciencia, mucho más cuando preveo las fatalidades que pudieran ocurrir con un Gobierno reciente, y una guerra que aún sigue en cercanías. Todos los transportes han liquidado y percibido cantidades grandes. Solo nosotros nos hallamos en embrollo". Las expresiones "todos los transportes han liquidado" demuestra que se habla de la deuda a los buques por el transporte del ejército y no por otras causas. Se ve que con esta deuda tiene que hacer el Ministro de la Guerra y el Estado. Esto lo comprueba también el impreso que se halla en el 8º cuerpo de autos. Por las mismas letras giradas se ve que ellas debían pagarse con los fletes de la Fragata Argentina y Santa Rosa; y el

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

impreso en el párrafo 5º dice: "Después que la expedición desembarcó en Lima, este Estado se obligó a pagar los fletes de la Argentina y Rosa". Que el doctor Echevarría haya hecho imprimir dicho papel, lo juzgará todo hombre prudente que vea que solo tiene por objeto defender los derechos de él.

Sin embargo de ésto hay algunos datos en los autos que manifiestan por otra parte que Sarratea algo debía al doctor Echevarría, y tal es la confesión en juicio de Sarratea que, aunque solo consta de una carta privada, viene conforme a otros hechos. Mas no se sabe cuánto sea, bajo qué condiciones, a qué plazos, ni qué exigibilidad tendría esa dudosa deuda. Un librador de letras que está en el caso de probar la provisión, debe manifestar una deuda cierta en el pagador, sin condiciones y de plazo vencido, pues es sabido que una deuda ilíquida, inexigible, que pende de alguna condición, no puede servir de provisión para el giro de las letras.[19] El uso constante de dar la prueba de la provisión, dicen autores clásicos, es entre mercaderes y banqueros, por medio de los libros que son obligados a llevar, y si el pleito sucede entre otras personas, la costumbre es referirse a la declaración o afirmación de aquél contra quien va girada la letra.[20] También es sabido que no basta probar una deuda para probar la provisión: es preciso demostrar solvencia en el pagador, ya por el estado de sus negocios, ya por la calidad moral de la persona contra quien se gira. Sarratea, en sentir de Echevarría, es un hombre de mala fe que no paga lo que debe, y que le ha tomado grandes intereses. La calidad de esta persona, decimos, lo hace responsable, pues que no debía girar letras sobre un mal pagador. Resulta, pues, que aún poniéndonos en todos los casos más favorables al librador de las letras, y aún cuando se hubiese denunciado a tiempo el protesto no se hubiera podido cobrar la suma girada y ella se hubiera perdido como se dice haber sucedido con otro tanto, que por la misma causa, y a la misma persona debía Sarratea: y que ésta es otra circunstancia que libra de toda responsabilidad al tomador de las letras *quoniam nullam injuriam aut damnum,* dice la ley Romana en un caso semejante, dare videtur aeque perituris aedibus.[21]

Los fundamentos hasta aquí expuestos eran los suficientes para pronunciar sentencia definitiva en este negocio. Mas pensando que debíamos volver sobre el contrato de compra, nos fue

19 SAVARY, *Parere,* 70.
20 JOUSSE, coment. al art. 16, tít. 5º del edict. de 1673. PARD. núm. 98.
21 LARREA, Alleg. 33, núm. 18 y siguientes.

preciso resolver la cuestión agitada en autos, sobre si después del giro de letras, se había concluído el contrato de venta o si aún subsistía en toda su fuerza. No trepidamos en juzgar que en las órdenes contra Sarratea no ha habido novación del primer contrato. Fundamos 1º en la voluntad de las partes; 2º en los argumentos externos de la autoridad de los doctores del derecho, y en la decisión de los más respetables tribunales; y 3º en los principios de la ciencia.

Las letras, como se ha visto, se dieron para la ejecución del primer contrato, para su cumplimiento y perfección. El único documento que probaba la venta, quedó en poder de los apoderados de Letamendi. En el recibo que éstos dieron de las letras en nada lo mencionan: decían únicamente que de los 24 mil pesos en caso de ser pagados, tomarían 18 mil pesos; lo que prueba que las letras no se dieron in solutum, sino como indicación del pago. El mismo doctor Echevarría, después de giradas las letras escribe a Letamendi la carta de foja 284, y le dice: "Espero, como ya se lo habrían dicho, que chancelaremos breve. De no, entregaré la chacra". Y por último, todas las cartas del apoderado del doctor Echevarría desde Lima, repiten continuamente, contestándole a él, que no tenga cuidado de la chacra, que la posea como suya, que las letras han de cubrirse. Se ve, pues que el mismo doctor Echevarría no juzgaba concluido este negocio.

Respecto a la opinión de los doctores sobre si se nova o no un contrato para cuyo cumplimiento se han dado mandatos de pago o libranzas, podemos asegurar que no encontrará autos de algún crédito que sostenga la afirmativa. Por el contrario nuestra opinión está apoyada en los más clásicos escritores.[22]

Nos fundamos también, decíamos, en las decisiones de los Tribunales. Merlin pone la misma cuestión[23] en los términos siguientes: ¿Hay novación en un contrato de venta, cuando en virtud de una cláusula expresa de este contrato, el comprador da al vendedor letras de cambio o billetes a la orden por el precio de la venta?". Después de haber fundado la negativa en los principios de derecho, refiere una causa seguida en los Tribunales de Francia, y pone la decisión de las Cortes resolviendo contra la novación. Los autores citados, casi todos ellos justifican sus opiniones con las decisiones de los tribunales de la Rota. Por último

22 CASARREGIS, Disc. 138. CASTILLO, cont. lib. 5º, cap. 57. SALGADO, Lab. part. 3ª, cap. 11. POTHIER, Contrat de change Nº 189 y siguientes. PARDES. obra cita, Nº 480. HEINEC. obra cit., cap. 3.
23 Rep. verb. Novation.

Biblioteca del Gioja. UBA. uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los Tribunales de España, entre ellos el de Sevilla, así lo han decidido repetidas veces, como lo asegura el jurisconsulto español que más latamente ha tratado esta materia y él mismo refiere una causa sentenciada en los momentos en que escribía.[24]

Las leyes expresas, y los principios del derecho, confirman estas doctrinas. La novación es un nuevo contrato, y obra un distracto de la primera obligación: luego no se presume, sino se prueba. Por otra parte, ella quita derechos que los jueces no pueden hacer perder mientras que no se pruebe que la voluntad de las partes ha sido desistirse de ellos, y haber puesto en su lugar nuevas obligaciones. Las leyes exigen que esta voluntad se manifieste expresamente. El emperador Justiniano[25] queriendo, como él dice, quitar toda cuestión en la materia, después de ordenar que ni con la delegación ni por agregar fianzas o hipotecas a la primera obligación, ni por aumentar o disminuir la cantidad de la deuda, ni por poner condiciones al contrato, ni otorgar nuevos plazos, se entienda hecha novación del primer crédito, concluye "et generaliter definimus voluntate solum esse non lege novandum, et sinon verbis exprimatur, ut sine novatione causa procedant". Lo mismo se ordena en el Digesto.[26]

Los romanos, aunque no conocían el verdadero contrato de cambio habían legislado sin embargo sobre las rescripciones o mandatos de pago. Una ley expresa de su código ordenaba que el que hubiese recibido una orden para que se le entregase el dinero que por otra causa se le debía no cumpliéndose el mandato podía usar de la acción del primer contrato. "Si leterarum Auxenonis contemplatione quas ad Aristonem de numeranda tibi pecunia dederat recepisse tedevitum ab Aristone, mandato non impleto, cum petitio debiti maneat integra, nihil legitimam exactionem impedire potest".[27] Fundados en la razón de esta ley, pónese la cuestión: si no pudiendo el aceptante de una letra de cambio pagarla a su vencimiento, y si en virtud de ella se giró otra contra un tercero, que también la aceptó y no pagó, tendrá el tomador de la última derecho a cobrar por la primera después de haber puesto el recibo por el valor de ella en la letra primera girada. Tres de los más doctos escritores sobre letras de cambio resuelven unánimemente que no se han novado las primeras letras

24 CASTILLO, controv., lib. 5º, cap. 57.
25 L. últ. Cod. de movatione.
26 L. 1 y 2, D. de Novat.
27 L. 23, Cod. de Solut.

con las giradas después porque el recibo puesto en ellas lleva la condición implícita, si fueren pagadas.[28]

Viene después la ley de Partida[29] aclarando y extendiendo a más la resolución de Justiniano: "E aun decimos que se podría renovar en otra manera el pleito que fuese fecho primeramente, así como el deudor que debiere alguna cosa a otro renovase el pleito otra vez dando otro deudor o manero en su lugar, a aquel a quien debie la debda a placer del, et diciendo abiertamente el debdor que lo facie con voluntad que el pleito primero fuese desatado et que este debdor o manero, que metía en su lugar, de nuevo fincase obligado por la debda et el quito". Es preciso pues para que haya novación que abiertamente lo digan las partes, o que así se entienda positivamente por hechos bien claros.

Además por la ley citada se ve que la delegación no causa novación del contrato. Delegación, define otra ley de Partida,[30] es el reconocimiento que hace otra persona de la deuda de un tercero, prometiendo pagarla. ¡Y qué podrá decirse en el caso presente cuando el doctor Echevarría no ha dado en efecto otro deudor! Si Sarratea hubiese aceptado las órdenes habría habido delegación del crédito, porque ya se constituía deudor de Letamendi; y sin embargo no se habría novado para el doctor Echevarría el contrato de compra; así es que los doctores al hablar de la delegación en los papeles de crédito, solo llaman tal a las de libranzas aceptadas,[31] pero nadie ha pensado decir que haya una formal delegación con solo el libramiento de una orden antes de su aceptación.

Por lo expuesto, teníamos ya las bases precisas para arreglar la sentencia. Todos estábamos conformes en condenar al doctor Echevarría; pero en el modo de hacerlo se nos presentaban grandes dificultades. El señor Dr. Lozano era de opinión se le condenase al pago de los 18 mil pesos con los intereses del seis por ciento desde el día de la demanda con arreglo a la ley de treinta de Abril. Los demás jueces tomamos otro camino. Rescindimos el contrato de venta, mandando hacer la entrega de la chacra en los términos de la sentencia, y con arreglo a la ley[32] ordenando el pago de una cantidad de pesos en compensación de

28 POTHIER, *Contrat de change*, núm. 189. PARDESSUS, *Lettres de change*, nº 300. SUÁREZ, *Letras de cambio*, cap. 23 y TROPLONG, tom. 17 desde el nº 847.
29 L. 15, tít. 14, part. 5.
30 L. 15, tít. 11, part. 4.
31 SALG. LABER. part. 1ª, cap. 1º. CASTILLO, lib. 5º, cap. 57.
32 L. 5, tít. 27, part. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los frutos percibidos. Las razones para este modo de definir el negocio son bien poderosas.

El doctor Echevarría, ha dicho en el informe de foja 375 que no pudiendo pagar la chacra estaba conforme con el padre fray Gregorio Torres, uno de los encargados de Letamendi a que se le admitiese su devolución, lo que sólo dejó de hacerse por la petición de las letras, la chacra se hubiese entregado a Letamendi aún después de giradas las letras. El doctor Echevarría le escribe a Letamendi a foja 284, que si no cancelaba breve le entregará la chacra. Letamendi por su parte ha pedido en varios escritos que se le paguen los 18 mil pesos o que se le entregue su finca. Ha pedido más: ha solicitado la misión en posesión de ella, o como dueño, o por no haber el doctor Echevarría cumplido por su parte con el contrato de compra. Tenemos, pues, que ambas partes, cuando han supuesto que no se pagase con las letras la dicha chacra, habían manifestado la voluntad de disolver el contrato. En casos semejantes, aconsejan los prácticos que el Juez debe dar *in solutum* al acreedor pignoraticio la cosa obligada sin hacer estimación de ella.[33]

A más de ésto, tuvimos presente consideraciones de otro género. La principal era cortar en lo posible este largo pleito conforme al espíritu del decreto de Vuestra Excelencia al nombrarnos Jueces de la causa. Si condenábamos al doctor Echevarría a sólo una cantidad de dinero, aunque ésto fuese lo más estricto al derecho, calculábamos sin embargo, que se pasarían otros años para hacer efectiva la sentencia, pues veíamos que un pleito demasiado voluminoso recién tenía una sentencia en primera instancia. Podríamos solo con un pronunciamiento semejante dar ocasión a cuestiones sobre prelaciones de créditos que era posible que trajese un acto que debía ser una condenación de más de cien mil pesos. Tampoco perjudicábamos los verdaderos intereses de las partes por el modo de la sentencia. El doctor Echevarría, a quien estrictamente hablando, parecía que solo debía condenarse al pago del precio de la chacra, con los intereses legales, se evitaba un perjuicio de más de cuarenta mil pesos con la devolución de la chacra sin considerar a su actual valor, y con la sola cantidad de treinta mil pesos que le mandamos pagar en compensación de los frutos. Por su parte, don Francisco Letamendi no debía estimar por la expresión escrita el valor de una sentencia que le mandase abonar cien mil y más pesos, cuando tantas causas podrían hacer inexequible ese

[33] CARLEV. tít. 3, Disp. 1ª, Nº 17.

crédito sujeto tal vez a otras mil cuestiones, y por lo menos de larga dilación en sus resultados positivos.

Teníamos también otros fundamentos legales para proceder así. El contrato de compra de la chacra no parecía tan perfecto como debía serlo. El no estaba escriturado, y solo hay de él una referencia en el pagaré de foja 5. otorgado por el doctor Echevarría, siendo así que por la L. 29. tit. 13. lib. 8. R. de I., por la 10. tít. 17. lib. 9. R. C. y por la circular de 7. de Junio de 1793, una venta semejante sujeta entonces al derecho de la alcabala, debía hacerse ante escribano público y de número. Los contratantes mismos parece que así lo hubieron de ejecutar cuando se abonase el precio de la chacra, pues hablaron del pago de la alcabala, y al efecto, quedaron valores en poder del doctor Echevarría para satisfacer los derechos del Estado; derechos que por las leyes que entonces regían, no podían ser pagados sobre una escritura privada, sino que precisamente debían calcularse sobre el precio que constase de una escritura pública. Por ésto podíamos juzgar que aquel contrato no estaba perfecto y que los apoderados de Letamendi esperaban ser pagados del precio de la chacra para otorgar la escritura pública de ella, y que por la misma razón, el doctor Echevarría no había aún satisfecho los derechos de alcabala.

Y, generalmente hablando, parece que hay una justicia y una equidad nacida de la verdad de las cosas, superior en algunos casos a las estrictas reglas del derecho. El que no ha cumplido por su parte con las obligaciones que le impuso un contrato, tal vez no tiene justicia en exigir los derechos que le daba, y debe serle permitido a aquél por quien no ha dejado de satisfacerse, pedir su resolución y librarse de las obligaciones que le imponía. Podríamos valernos aquí de la autoridad de algunos jurisconsultos del más alto crédito que resuelven que cualesquiera leves conjeturas hacen suponer el pacto comisorio, cuando se ha fiado y no pagado a tiempo el precio de la cosa vendida. Un principio tan racional lo hallamos establecido en los códigos de naciones ilustradas. En el artículo 1184 del Código Francés y en el 764 del Código de Bolivia, se halla establecido *que en los contratos bilaterales es siempre implícita la condición resolutiva en el caso de faltar una de las partes a su compromiso.*

Nos persuadimos por lo tanto, que lo dicho y las consecuencias que se podrían entrever de sentenciar la causa de otro modo justificará nuestra determinación, y manifestará las miras sanas que hemos tenido en ella. Condenamos también al doctor Echevarría al pago de 30 mil pesos en compensación de los frutos

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

percibidos, como lo habríamos condenado al pago de los intereses de los 18 mil pesos pues que es un principio en la jurisprudencia que el comprador de una cosa fructífera debe en recompensa de los frutos percibidos, o satisfacer el interés del precio no pagado, o estar a la computación que se haga del valor de los frutos.[34]

Le condenamos también en las costas del expediente principal porque no le encontramos la menor razón para sostener este largo pleito, y porque la ley[35] manda que cuando se confirme la sentencia de primera instancia debe hacerse condenación de costas, y nosotros en verdad no habíamos hecho sino confirmar el auto definitivo de foja 466 vuelta.

Sería ocupar demasiado la atención de Vuestra Excelencia exponerle las razones que nos hemos fundado para concluir los otros tres negocios entre las mismas partes. La justicia se advertirá en la misma sentencia, o será muy fácil hallarlo al solo recorrer los expedientes.

Hemos concluido, Señor, el grave encargo que Vuestra Excelencia nos ordenó llenar; y si las razones que hemos dado de todos nuestros procedimientos no satisfacen de la justicia de la sentencia a lo menos, nosotros podemos asegurar a Vuestra Excelencia que ella es la expresión de nuestra conciencia, y que no hemos perdonado sacrificio alguno para hallar la verdad.

34 *L. curabit, Cod. de actione emt.* Curia, lib. 2, cap. 2. Nº 24. CARLEVAL. tít. 3, disput. 8, sec. 5.

35 L. 1, tít. 22; lib. 4, R.C.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XIII

DEFENSA DE DON FAUSTINO LEZICA *

[SOBRE QUIEBRA FRAUDULENTA]

La casa de don Faustino Lezica tenía de cajero a don Federico Hornung y éste, por salir de compromisos había fingido la firma de varios comerciantes, por sumas inmensas de dinero. La falsificación regularmente estaba en el giro de las letras que aparecían aceptadas por Lezica. Descubierto el delito, Hornung huyó y quebró la casa de Lezica. El Gobierno nombró a la Cámara aumentada hasta nueve jueces para fallar la causa en primera y última instancia. Ante este Tribunal hice el informe siguiente en defensa de don Faustino Lezica.

* * *

Excelentísimo Señor

En otras ocasiones cuando he venido a abogar los derechos de algún hombre inocente o culpable que era traído a la barra del Tribunal, ocupaba Señor, este asiento seguro de la benevolencia que crea el cumplimiento de los más sagrados deberes como también el interés que inspiran los desgraciados que vienen a oir la sentencia de su último destino, y me halagaba la esperanza que un resultado feliz en una causa criminal no heriría los sentimientos de ninguno. ¡Y hoy, que debo defender a un hombre conocido siempre por un hombre honrado, víctima él mismo del crimen que se le imputa, que arrancado en un mo-

* Este escrito fue impreso en la época bajo el título *Defensa de don Faustino Lezica pronunciada ante la Excma. Cámara de Justicia y jueces acompañados...* Buenos Aires, Imprenta Argentina.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

mento de los primeros goces sociales, se ve tratado y procesado como delincuente; hoy que parece pesar sobre mí las exigencias del honor de una familia muy principal en este pueblo, no tengo tal vez licencia para emplear mis débiles esfuerzos en hacer conocer su absoluta inculpabilidad; no cuento ni con la conmiseración del infortunio ni con ninguno de aquellos auxilios externos que regularmente rodean a los acusados en estos momentos aciagos. Don Faustino Lezica viene a ser juzgado como cómplice de un delito que ha arruinado a todos. La historia ominosa de tantas bancarrotas es, en realidad, el primer sentimiento que motiva la acusación y en la persona de él debe hacerse el desagravio de los intereses heridos por la inmoralidad del mayor número de los que han quebrado. El acusador público lo demanda como al representante de todos los fallidos; y a nombre de las primeras leyes que conservan las sociedades, a nombre de las víctimas que ha causado el delito, a nombre de tantas viudas y de tantos huérfanos, hoy en la miseria; haciendo valer la desgracia de ellos contra un hombre más desgraciado que todos, se presenta pidiendo que se le juzgue como a cómplice de grande crimen, que se le arroje de esta sociedad, y que una degradación cívica le cubra para siempre de ignominia. En los conflictos de un destino tan adverso como inmerecido; en este fatal aislamiento en que lo han colocado los sucesos y cuando lo rodean todas las apariencias de un criminal, su único recurso son las leyes y el proceso mismo que invocan para condenarle. Si con este medio no puede responder a la demanda de tantos miserables, a lo menos llenará con él los compromisos de juicio, salvará su honor y mostrará su absoluta inocencia e inculpabilidad en todos los hechos que han motivado esta causa.

El Fiscal acusa a Lezica: 1º Por no haber llevado alguno de los libros que las ordenanzas obligan a tener. 2º Por no haber formado balance de su casa al menos de tres en tres años. 3º Por haber librado el manejo de los negocios a la sola dirección de su cajero. 4º Por haber aceptado letras cuyos giros eran falsos. 5º y último: Por no haber tomado conocimiento por sí mismo de sus negocios ni aún de las letras que amortizaba. Estos son todos los capítulos de la acusación: a vista de ellos, puedo decir ahora ante sus jueces con el proceso en la mano, lo digo ante sus acreedores, y ante el pueblo entero, que aunque Lezica ha sido arrojado en una cárcel, aunque ha sufrido una larga incomunicación y es tratado hasta el día como un criminal, sin embargo fue sorprendido como el que más del golpe que le demostró el estado de sus negocios. Ignorando toda la extensión

del crimen de su cajero, como las responsabilidades que le impondría, tímido por carácter, y probando desde la primera hora toda la amargura de su ulterior suerte, jamás pensó en ponerse a cubierto de los procedimientos de la justicia. Hizo saber en el acto al Tribunal Mercantil el estado de su casa después de la carta de Hornung, denunció a la policía el crimen de éste y se entregó seguro de su inocencia al destino que le señalasen las leyes.

Puedo asegurar ahora con presencia de la acusación que Lezica no ha ocultado bienes algunos; que en los autos no hay el menor vestigio de tal delito.

Que él no ha supuesto deudas; que no ha comprado bienes, efectos o créditos en nombre de tercera persona.

Que no ha hecho pagos anticipados ni ha ocultado los libros de la casa.

Que ni aún es acusado por alguna de aquellas culpas que aunque no sean bastantes para calificar de fraudulenta la quiebra muestran sin embargo una mala conducta en el fallido. Lezica no es acusado de haber forzado las ventas para obtener dinero, ni de haber disipado sus bienes en gastos excesivos, ni de haberlos perdido al juego o en operaciones de comercio que dependan del azar. Lezica, en fin, no es acusado de ningún acto que arguya inmoralidad en su alma.

Muy luego demostraré con la historia de la causa que se han exagerado los hechos, que se le han dado consecuencias forzadas, y que de los capítulos de la acusación no resulta ni aún una quiebra culpable, pero antes voy a considerarlos con toda la magnitud con que se proponen, para demostrar que Lezica no ha cometido ningún crimen, ya se le considere con respecto a la quiebra, ya con respecto a la falsificación de Hornung.

Estos dos hechos que resonaron a un tiempo y que le atrajeron el principio del proceso, deben sin embargo separarse en el ánimo de los jueces para averiguar con exactitud qué parte ha tenido en cada uno de ellos. Comenzaré, pues, primero a demostrar que la quiebra no es fraudulenta.

La bancarrota fraudulenta es un determinado crimen capital, y no un delito susceptible de graduaciones, cuya clasificación dependa más del arbitrio del Juez, que de la decisión de la ley. Castigándose con la pena de muerte, el legislador ha fijado los hechos que la constituyen y caracterizan. Pueden alguna vez sufrir modificaciones los medios probatorios para

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

la averiguación de los delincuentes; puede dejarse a la conciencia de los jueces aumentar la pena o disminuir la pena, según se presenten las circunstancias del delito; pero respecto a los hechos, si ellos son o no un crimen, no hay arbitrio, no está ésto librado a la magistratura ni puede ser el objeto de un pleito criminal; ha sido la primera función del legislador y lo que ningún Tribunal puede usurparle. Lo mismo sucede en la calificación de todos los delitos. Matar a un hombre es el delito de homicidio; pero habiendo la ley impuesto diversa pena cuando alevosamente se ejecuta la misma acción, ha cuidado de determinar el modo en el suceso que caracteriza la alevosía. Así también ha fijado los hechos accesorios que deben calificar de fraudulenta la quiebra de un comerciante. Lo que ella no determina no puede determinarlo el Juez, porque haría una ley de su sentencia, y una ley tanto más dura cuanto que sería retroactiva al delito. Si las leyes no han calificado de fraude el hecho de confiar un comerciante el manejo de sus negocios a un tercero, ni la falta de un libro solo de los que mandan tener, ni la omisión del balance que ellas ordenan, como han calificado de fraudulenta, por ejemplo la quiebra de todo corredor, no podrá el magistrado formar un nuevo delito de aquellos hechos, haciendo criminal al que las leyes no pensaron juzgar como a tal. El silencio del legislador viene a ser en materias penales un mandato muy positivo; y mucho más se ha contraído señalada mente a hablar de los hechos que determinan una clase de delito, y no ha comprendido aquella acción que se sujeta a juicio.

Puedo designar con la mayor precisión cada uno de los hechos sobre que las leyes fundan el crimen de bancarrota fraudulenta. El comerciante a quien se ha probado haber ocultado sus libros, haber comprado en fraude de los acreedores bajo otro nombre bienes de cualquier clase; el que anticipare pagos en previsión de la quiebra; el que ha hecho ventas, negociaciones simuladas, el que supone deudas pasivas constituyéndose deudor sin causa real, el que alza, en fin, sus bienes, debe ser condenado como quebrado fraudulento.[1] No hay otros fallidos en todo el derecho que puedan ser procesados criminalmente. Sobre este punto apelo a las luces y al saber de los señores Jueces que componen este respetable Tribunal. Apelaré también a la razón y al buen sentido de todos porque juzgo como un principio universalmente reconocido, que la infamia, los destierros y las cárceles no son hechos para corregir los errores,

[1] Arts. 4, 23, 24 y 25, cap. 17 de las Ord. y Ll. 2 y 3, tít. 19, L. 5 R.

las imprudencias y demás faltas que se conocen en la jurisprudencia con el nombre de culpas. Los hechos que he designado no arguyen imprudencia y ligereza en el fallido, sino un dolo y fraude bien pronunciados. La intención dañada de despojar de lo suyo a los acredores es solo lo que las leyes castigan criminalmente; reservando para las faltas anexas a nuestra naturaleza otros procedimientos más dignos de la humanidad y de la justicia. Pero en ninguno de los capítulos de la acusación se encuentra alguno de los hechos que acabo de indicar, y que son los únicos que constituyen el crimen de bancarrota fraudulenta; ni de todos ellos reunidos resulta que Lezica haya querido un solo instante despojar a sus acreedores. Tampoco se encuentra en los autos el más leve indicio de un crimen semejante. ¿De dónde se pretende entonces hacerle resultar? Será preciso para sostener su existencia aumentar algunas páginas al proceso o formar para el acusado una nueva legislación.

La misma acusación dirá también a Vuestra Excelencia que del proceso no resulta el delito de quiebra fraudulenta. ¿Hubiera el Fiscal dejado de pedir las penas del derecho? Acúsese en horabuena un grande crimen; pero que al lado de los hechos se pongan las penas de la ley, pues así podríamos compararlos mejor, uniéndose la gravedad del castigo a la gravedad del delito. De otro modo las consideraciones no exigidas pueden hacer dudar de la certeza del juicio. ¿Por qué, pues, el Fiscal que se ha abierto un paso para entrar en la causa suponiendo a Lezica fallido fraudulento, porqué no ha pedido la pena de muerte impuesta por la ley? Entonces se palparía que si el castigo que él demanda puede infligirse a los ladrones públicos, en ninguna manera corresponde a los hechos que fundan la acción; entonces se vería más claro que ellos no constituyen el crimen de bancarrota, entonces sería más fácil la defensa del reo. Pero esta contradicción entre el principio y fin de la acusación, esta transgresión manifiesta del derecho en la calificación del delito con las penas que se piden, esta arbitrariedad en el castigo, como si se dudase de la verdad de las cosas, están diciendo por sí que no existe el crimen que se imputa al procesado; y que el acusador público se ha visto obligado a hacer una vergonzosa capitulación de los deberes de la razón y de la ley, con lo que parece demandar el ministerio que ejerce, con las prevenciones que el suceso ha ocasionado, con las voces, impresaciones, o deseos que nunca han debido llegar a este recinto. Esta clase de arbitramiento que ni el acusado pide, ni ha podido proponer el Fiscal, es la prueba más terminante del sentimiento

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de la debilidad de los esfuerzos que se han empleado para demostrar la quiebra fraudulenta.

Paso, Señor, a la falsificación de las letras. El acusador público pretende que Lezica sea también reo de este delito; pero no señala un acto de complicidad, ni da mas razón de esta grave y deshonrosa atribución que el juzgar imposible, que Lezica no tuviera conocimiento de un crimen que por tanto tiempo se estaba fraguando en su misma casa. Después de consultar un detallado proceso nada de positivo ha adelantado en este punto, y tiene que trasladar a la seria y fuerte demanda que entabla las sospechas y vagas conjeturas del pueblo en el primer día de la quiebra, cuando todo se ignoraba, y cuando cada uno podía estimar los hechos como se los presentaba su desgracia. Lezica entregó todo el manejo de su casa a la dirección de Hornung y no solo ignoró absolutamente que este hombre se precipitaba al abismo de tantos delitos, sino que todo el tiempo que duró la falsificación no tuvo el menor motivo para presumirlo delincuente, cuanto menos para ser su cómplice. El sumario retratará el carácter de Lezica, mostrará cuáles eran sus únicas relaciones con Hornung y destruirá por sí la complicidad de que se le acusa.

Este largo proceso acaba para él en sus primeras páginas. El juez que lo ha instruido no ha tenido que dudar de hecho alguno, porque la verdad de las cosas apareció en la declaración indagatoria confirmada por todos los testigos que se habían examinado. Lezica declaró que su casa estaba entregada a la absoluta dirección de Hornung; que había ignorado el fraude de su cajero; que a nadie había dado letras falsas; y que todos se habían entendido con Hornung en los negocios hechos con su casa. Los testigos del sumario hacen ver la verdad de ésto, sin que haya en autos la menor prueba de lo contrario.

El corredor de número don Cayetano María Cazón foja 67 declara que los negocios que hizo con la casa siempre se entendió con Hornung y nunca con Lezica.

El de igual clase don José María Alvarez foja 69: que a Lezica lo ha tenido solamente como jefe de la casa; que Hornung era el que intervenía absolutamente en los negocios, y con quien hablaba en los que ha propuesto como en los que ha hecho por su orden.

Don Juan Higimbothom foja 146 declara que siempre se ha entendido con Hornung en el descuento de letras; que de él las recibía como también el dinero al vencimiento de ellas.

Don Claudio Stegman foja 136, comerciante principal de esta plaza: que casi siempre se ha entendido en los negocios con Hornung, porque así se lo prevenía Lezica.

Don Anacleto González, foja 68: que siempre ha visto que todos se entendían en los negocios con Hornung.

Don Augusto Bornefd foja 78 encargado de la correspondencia declara igualmente que Hornung corría con todos los negocios, y que todos se hacían con él.

Don Adolfo Scheibler foja 82 dependiente de Lezica: que Hornung a todos les daba órdenes como principal de la casa; que él era el que intervenía en todos los negocios; que Lezica estaba absolutamente entregado a él, y que a los dos los reconocían como jefes de la casa.

Don Martín Sarratea foja 93, que según sus conocimientos Hornung era el que gobernada y dirigía los negocios.

Podría, Señor, continuar esta serie de testimonios tan uniformes pero solo agregaré la declaración de un testigo a quien no puede negarse un pleno conocimiento de los negocios de la casa, y cuyas duras palabras garanten a lo menos su imparcialidad. Don Ezequiel María Real de Asúa foja 131 declara, que por lo que había oído decir antes y después de la quiebra, por lo que también había observado en su actual posición de Síndico del concurso, juzga que la intervención que tenía Lezica en los negocios de la casa era la poca que podía tener un individuo sin conocimiento en el comercio, sin contracción por carácter, y entregado enteramente a la dirección de otro; que en cuanto a giro de las letras, creía que Lezica estaba dispuesto a aceptar y girar cuántas le presentasen por Hornung sin averiguar la necesidad y el motivo que hubiera para ello, porque creían que Lezica daba todo por bueno siendo de parte de Hornung.

Los hechos más notables en los momentos de saberse la falsificación de las letras, prueban lo mismo que han declarado los testigos. Cinco o seis comerciantes principales de este pueblo saben que son tenedores de las letras falsas, y que la firma de alguno de ellos corre falsificada en cantidades considerables. ¿A quién ocurren en aquellas circunstancias difíciles? Ninguno vió a Lezica como aceptante que era de las letras y jefe de la casa; todos se dirigieron a Hornung para reconvenirle sobre la falsedad o exigir explicaciones sobre ella. Pasaron tres días ignorando Lezica lo que ya sabían otros, y recién al cabo de este término hubo uno que le presentase letras falsificadas que

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

había recibido de un cajero. Lezica en el acto hace llamar a Hornung en presencia del tenedor de la letra; pero evade las urgentes preguntas que se le hacen, busca un pretexto y sale de allí para no volver. El comerciante que se hallaba presente ha dicho en su declaración cuál fue la sorpresa de Lezica cuando se le denunció el crimen de su cajero. Hornung le escribe luego las cartas que se hallan en autos, manifestando en ellas toda su conducta y la ignorancia en que él había estado de todos los fraudes que hacía. Yo no me apoyaré, Señor, en la fe de Hornung; pero sí diré que en aquellas cartas hay sentimientos dictados en fuerza de la verdad de las cosas que no pueden equivocarse con el lenguaje de la mentira: "Después de haber estado doce años con Ud. debo aparecer ahora como un grande criminal". "Nada, nada se le podrá culpar a Ud. sino el haberse fiado de mí tan ciegamente". "Ud. ignoraba el estado de la casa, y yo nunca tuve valor de hablarle claro". Estas palabras corresponden a los hechos que han declarado los testigos, y a lo que todo el pueblo ha visto por espacio de muchos años. No hay un acto de comercio, un solo suceso que no venga a confirmar esto mismo. El Juez que ha instruído el proceso ha seguido mil hechos que se proponía descubrir: en ninguno figura Lezica; Hornung lo hacía todo; con Hornung han pasado aquellos actos que han llegado a comprometer a otros en este juicio sin que nadie pueda referirse a Lezica ni a transacciones que con él se hubiesen celebrado. Recién ahora se puede explicar algunos hechos en la vida de Hornung: se sabe el secreto de muchas acciones que no se comprendían, y se conocen todos los disfraces bajo los cuales se presentaba. ¿Pero de Lezica, qué se dice? No hay un hecho que pueda hacer presumir que él tenía conocimiento de lo que pasaba en el escritorio de su casa. Si no hubiera sido así ¿puede creerse que su misma madre acreedora por más de 80 mil pesos plata no se encontrase asegurada en alguna manera? ¿Hubiera él dejado sacrificar un crédito tan sagrado y que por tantos títulos podía llamar dinero propio? Nadie puede quejarse, ni nadie se ha quejado de que él hubiese jamás usado de algún engaño. Ahora que está todo descubierto, ahora que se tiene la clave para descifrar todos los actos de su vida, como se han explicado tantos del verdadero delincuente ¿quién puede indicar algún suceso que se una con la complicidad en el crimen? ¿O habrá que decirse, que Lezica era más hábil, más falso, y más cauto cuando en toda su conducta no ha dejado aparecer acto alguno que hoy día pudiera unirse al conocimiento del delito?

El agente fiscal contra lo que demuestran los autos, contra lo que dicen tantos testigos, contra esta verdad que nadie desconoce, quiere aún inducir la complicidad de Lezica en la falsificación de las letras, porque hay uno o dos individuos que declaran que él intervenía en algunos negocios importantes de su casa. El acusado nunca ha llegado al extremo de decir que no hablaba con alguien sobre operaciones de comercio; pero ésto es muy distinto de manejar la casa, de encargarse de la ejecución, de estar al cabo de sus recursos y determinar el valor y la importancia de ellos. ¡Qué distancia no media entre hacer proyectos sobre el pago de la deuda pública con la falsificación de letras! Ellos no prueban que Lezica tuviese un exacto conocimiento de su casa ni una intervención directa en los negocios; ni por hablar sobre una operación proyectada puede inducirse ya, que también era sabedor de la falsificación de letras. Don Federico Massot, que juzgaba que Lezica tenía conocimiento en los negocios, porque una vez hablaron sobre un proyecto para pagar la deuda de Inglaterra. ¿Y ésto es serio, Señor? ¿Y ha podido el agente fiscal hacer mérito de un hecho semejante para probar la complicidad en el crimen? La conversación de Lezica y Massot no pasó de un mero entretenimiento; y es visto que aunque hubiese sido muy formal, ninguno contaría para nada con sus propios recursos, ni se ocuparía de ellos cuando se trataba de amortizar el principal de cinco millones de pesos fuertes y pagar la renta del seis por ciento de una porción de años atrasados.

Lo mismo debo decir de la declaración don Felipe Somoza. El testigo dice que Lezica se ocupaba de los negocios grandes de su casa, porque con él habló de pagar la deuda flotante del Gobierno. Estas gigantescas ideas demuestran lo contrario de lo que con ellas quiere probarse. Si Lezica hubiera sabido el estado de su giro, ¿podría haber pensado un momento en pagar ocho o diez millones de pesos? Todos vieron el proyecto que su casa proponía y con qué recursos se iba a hacer el pago. Para esta clase de negocios menos que para ningunos otros era preciso entrar en el examen de sus fondos. Lezica hablaría de ellos, porque al fin ofrecían ganancias muy considerables; hablaría también de otros, pero no es ésto lo que se trata de saber, sino si él tenía en el manejo de su casa una intervención tal que pudiese haber advertido el fraude de su cajero; y ésto ni se ha probado ni pueden destruirse los hechos y la fe de tantos testigos que demuestren lo contrario.

He ahí Señor el resultado sumario. No hay un testigo, no

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

hay un hecho, no hay un indicio que haga presumir la complicidad de que se acusa a Lezica. Lejos de eso todo hace ver que él ha sido víctima de su buena fe. Entonces el agente fiscal toma otro camino diferente, y quiere que Lezica sea responsable de los crímenes de su dependiente aún cuando no tuviese conocimiento de ellos. Sí, Señor, será responsable, pero no es delincuente porque su cajero lo haya sido. El capitán de un buque, el dueño de una posada, son responsables de los robos que hagan allí sus dependientes, pero, ¿podrán por ésto ser declarados ladrones públicos, podrán ser arrojados de un pueblo, e infamados para siempre? La responsabilidad que les impone la ley es puramente civil para el resarcimiento del daño que causen los malos servidores de que se valieren.[2] Algunas veces los hechos de los dependientes producen una pena para el Jefe de la casa; pero es únicamente en las cosas y no en las personas, y cuando estas cosas son el objeto del delito o forman el peculio, diré así, del delincuente. Si un dependiente encargado por ejemplo, de la introducción de efectos, hace contrabando sin las órdenes de su patrón, los objetos introducidos clandestinamente pueden ser decomisados pero el juicio criminal por este delito no comprende sino al introductor, y solo se extiende a los interesados en cuanto toca a la materia sobre que se ha ejercido el contrabando. Si la ley habla de los daños ocasionados por dolo o culpa de los que están bajo la autoridad de otro, toda la responsabilidad que produzca el hecho la arroja sobre los ejecutores, y no contra aquél en cuyo poder estuvieron.[3] Si habla de los robos que hicieren hombre libres que viven bajo la dependencia del dueño de la casa, no le impone a éste ninguna obligación, cuando el hurto no se ha hecho con su placer o mandado.[4] Determinado sobre los robos que hagan los dependientes de una casa tomando el nombre del jefe, no hace responsable a éste, sino cuando después lo hubiese por firme;[5] y en fin está ordenado generalmente que el dolo del personero, del mayordomo, y de todos los subalternos no pueden dar una acción penal contra el Señor sino en cuanto lo ha consentido o aprovechándose de él.[6] Siendo pues evidente que en don Faustino Lezica no han concurrido ninguna de estas circunstancias, él no debe responder de la moralidad de otras acciones que de las suyas. Tal vez desco-

2 L. 7, tít. 14, part. 7, y L. 26, tít. 8, part. 5.
3 L. 5, tít. 15, part. 7.
4 L. 4, tít. 13, part. 7.
5 L. cit.
6 L. 5, tít. 16, part. 7.

Biblioteca del Gioja. UBA. uso académico.

nozcan estos primeros elementos del derecho, y de la razón por prevención natural que han dejado los hechos; porque en un día se vió la falsificación y la quiebra; porque aparecía un acto individuo y de un solo carácter; pero en un juicio imparcial se sabrán distinguir los elementos de un suceso, de las inocentes causas que han producido el otro, a Federico Hornung de don Faustino Lezica.

Algunas veces las leyes castigan como delito la omisión dolosa o culpable, pero solo es cuando se prueba el conocimiento del hecho y la capacidad de impedirle. El hijo que ve matar a su padre pudiendo evitarlo, es juzgado a la par del autor principal del delito. Es preciso que la omisión sea sobre determinado hecho y no vaga e incierta porque entonces se convierte en una culpa levísima que ni aún impone el deber de las reparaciones civiles. Si ella abraza una generalidad de acciones no puede suponerse que hay un conocimiento positivo del hecho, como consecuencia inmediata de la acción que ha podido impedirse. Hornung en la extrema confianza que gozaba de Lezica pudo cometer otro delito que el de la falsificación de letras. ¿También será éste responsable criminalmente? Esta variedad, esta incertidumbre, esta falta de precisión en los hechos no puede producir una acción criminal, porque así como es necesario concretar el dolo en la comisión de los delitos, así también es preciso que la omisión se aplique a un acto determinado para poderla valorar. La que es general y de todo tiempo aunque realice el acontecimiento, no manifiesta el propósito deliberado de cometerle; es decir, que jamás concurre en ella uno de los extremos precisos para la imposición de las penas. De otro modo la misma acción, así llamaré a los hechos negativos en materias criminales, la misma omisión daría materia para pedir hoy la pena de muerte, mañana la de destierro; y las leyes criminales seguirán en su aplicación los resultados de las acciones de un tercer agente, y no los hechos del que castigaban.

La misma confianza de Lezica en su cajero existía en años anteriores cuando la casa marchaba en prosperidad. Lo que entonces era una acción inocente ¿ha podido convertirse en un crimen y en uno de los crímenes más grandes que conoce el derecho? El objeto que él tuvo para entregar su casa a la absoluta dirección de Hornung no fue para que allí a su salvo falsificase letras, ni para objeto alguno improbado por las leyes. Lo creía honrado, hábil y más capaz de llevar el giro de la casa. Si él abusó de esta posición, él será el único criminal; Lezica es hoy tan inocente como el primer día, como cuando no se había

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

aún cometido el delito por su parte; no hay sino un hecho continuado que el buen o mal suceso no puede desnaturalizarlo.

Hasta aquí, Señor, queda plenamente demostrado que Lezica no ha cometido ningún delito. Habría llenado con ésto el principal objeto del juicio, si el agente fiscal no llevase más adelante el empeño de acriminarle por hechos u omisiones que cuando más podrían reputarse como culpas. Dice también, que el acusado es criminal por no haber cumplido los deberes que las leyes imponen a los comerciantes; por haber girado más capital que el que tenía, por no haber balanceado su casa, y por los demás hechos que constituían los capítulos de la acusación. De ellos mismos quiso antes hacer resultar la quiebra fraudulenta, y la complicidad en la falsificación de las letras; y cuando ha reconocido la debilidad de sus esfuerzos, quiere convertir estas mismas acciones en otro género de delito.

Pero el proceso manifiesta que Lezica no ha cometido directamente ninguna de estas omisiones, si se exceptúa la que se le atribuye por haber entregado a Hornung todo el manejo de su casa. Esta confianza será su única falta; falta que ya se ha demostrado no ser un crimen y que luego probaré que le era inevitable. A Hornung solamente puede culpársele por el estado de la casa, y aunque su conducta deba agravar la responsabilidad de Lezica, y hacer más reprensible su confianza sería sin embargo muy diferente el carácter de estas omisiones, si manejando él mismo la casa las hubiese cometido. Entonces se le podría presumir tal vez un ánimo doloso, o se le podrían argüir tantas culpas cuantas fuesen las infracciones de las ordenanzas; pero hacerle un cargo criminal por su confianza en Hornung, y hacérselo después para cada falta de éste, es lo mismo que hacer reflejar un objeto para multiplicarlo, faltando a la exactitud con que es preciso discurrir en materias penales. Lezica no debe responder sino al primer hecho de haber entregado su casa a Hornung; en adelante ya le era imposible reparar cualquiera omisión de éste, desde que no conocía todo su giro, y cuando por lo mismo era tan fácil que fuese engañado como lo fue sobre el motivo de aquellas omisiones; o que se le arguyesen razones que le impusieran la necesidad de tolerarlas. La malicia pues que hubiese en ellas no puede apropiarse a Lezica, ni juzgarse como si fueran obra suya.

Pero aún suponiendo a Lezica autor directo de estas faltas y diría más, que el no balancear la casa, que girar mayor capital que el propio y todos los otros que se han referido, no dan

lugar a procedimiento de oficio ni son objeto de las leyes penales. Todos los días se ve un comerciante obligado a aumentar su deuda, o por el interés que tiene en que no se escape de su casa un ramo de comercio, o por lisonjearse de que bien pronto llegará para él el día de la fortuna, o porque se deje arrastrar de otras engañadoras esperanzas. Un exceso de confianza en el porvenir puede ser una culpa, pero ciertamente que jamás es un dolo. Cuando un desgraciado implora los socorros de un rico creyendo estar luego en estado de volverle lo que le toma prestado ¿comete un delito? No, debo repetirlo: la esperanza, el más dulce presente del cielo, no es un dolo ni un crimen. Puede tenerla el hombre en la más espantosa miseria, como en una penosa mediocridad. Ninguno hay que en el seno del infortunio no se halague con la idea de un porvenir más feliz, y ciertamente que la conducta que en su consecuencia observe, no puede exponerlo a la venganza de las leyes, que jamás pensaron castigar como criminal al comerciante cuyo negocio fuese en su mayor parte con capital ajeno. Esto podrá ser una culpa; podrá serlo la omisión del balance, la inexactitud de los libros, pero vuelvo a decir que las leyes no han reputado como crímenes tales actos u omisiones. La importancia que ellos tengan en el proceso, la intención que los ha dictado es una materia de examen para graduar el género de culpa de que pueda hacerse cargo al fallido. Muy luego yo entraré en esta discusión y demostraré que Lezica por estos hechos ni aún puede ser juzgado como culpable.

El acusador sin embargo dice de un modo general y vago, que es un delito faltar a las obligaciones del oficio. Pero ésto es ponderar las cosas, salir de los moderados límites de la verdad, e imponer a los hombres leyes que no ha impuesto el derecho. Se, Señor, que en los códigos hay mil disposiciones penales contra los que no cumplen con las obligaciones de su oficio. El Alcalde que por descuido o culpa deja quebrantar las prisiones; el encargado de algún oficio en la recaudación de las rentas públicas, que por negligencia ocasiona el fraude de ellas, éstos y otros oficiales públicos pueden ser acusados criminalmente por las faltas de sus deberes. Esta es la ley de los empleados públicos. El Estado, a quien sirven inmediatamente, no podría conservarse sin este extremo de responsabilidad. Ellos aceptando el oficio se pusieron bajo sus penas y recompensas; pero ¡qué triste sería el destino de los particulares, si en las ocupaciones privadas a que se contraen para llenar las necesidades de la vida cada deber de ellos fuese una ley penal! Esto sería aspirar a una

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

perfección que no tuvieron por objeto, ni jamás alcanzarían las leyes penales.

El Fiscal parece confundir los oficios, los empleos públicos con los ejercicios privados que cada hombre tiene en la sociedad. Pero aunque aquí importa tanto la buena aplicación de las voces, yo sin embargo supondré como oficio la dirección de una casa de comercio. ¿Hay alguna ley que así vaga y generalmente castigue el no cumplimiento de los deberes del oficio? La importancia de cada empleo público ha sido la base para medir la importancia de las infracciones en los deberes del empleo. De un modo castigan las leyes a los jueces que no cumplen con las obligaciones de la magistratura, de otro al militar en quien reposa la seguridad del Estado. No hay en el derecho ese delito indeterminado de faltar a los deberes del oficio; cada oficio; tiene sus leyes, sus penas y sus premios. Lezica por lo tanto debe ser considerado en el que ha ejercido y juzgado por los códigos mercantiles. Pero en éstos no se encuentra disposición alguna que castigue como delincuente al que no hace balance de su casa, o al que comete cualquiera de las demás faltas que designa el Fiscal, sin embargo que por otros hechos se impone hasta la pena de muerte.

Creo haber demostrado que la quiebra de Lezica no es fraudulenta, que no ha tenido parte alguna en la falsificación de las letras, y que no ha cometido delito de ningún género. Mas reconociendo el Fiscal que en su acusación se extraviaba del único camino que señala el proceso, desciende al fin a hacer cargo a Lezica del único que era justo y que era posible hacerle. Dice que a lo menos hay en su conducta una culpa máxima por la confianza que depositó en Hornung sin una garantía positiva de que no abusaría de ella. Esta es en verdad toda la causa y todo lo que podría encontrarse en este voluminoso expediente. Pero examínense las cosas sin la prevención que hayan podido ocasionar los resultados. Pongámonos en el primer día de esta fatal confianza, no aventuremos un fallo antes de estar ciertos del delito. ¿Qué ley declaraba culpable la acción de Lezica? ¿Qué ley prohibía encomendar la dirección de su casa a Federico Hornnung? Ninguna, me atreveré a decirlo, y pudo él hacerlo sin mengua de su honor, ni de sus deberes. Hizo tal vez lo que debió y lo que muchos hubieran hecho en su lugar.

Antes se le felicitaba de tener a la cabeza de su casa a un hombre como Hornung; todos miraban a éste como al mejor y más real garantía que sostenía el crédito de la casa; todos anunciaban su ruina cuando él faltase; todos hacían en él iguales o

mayores confianzas. Este hombre era un profundo hipócrita; los sucesos al fin tiraron el velo; cada uno cuenta su historia, cada uno se encuentra razón en el engaño que ha padecido. ¡Sólo el acusado no tiene licencia para sufrir los errores que sufrían los demás! Decía, Señor, que él pudo entregar su casa a la dirección de Hornung. De este derecho usan todos con más o menos limitación; los resultados adversos o favorables son el premio o el castigo de un acto que tantas veces aconseja la prudencia, y que en otras aún es un deber que el buen juicio prescribe. Las leyes, por ejemplo, permiten hacer una sociedad colectiva, dar el nombre en la firma social y entregar toda la administración a uno o más de los socios. Si el encargado de los negocios abusa de la facultad que le es concedida, si comete un delito con la firma de la sociedad ¿podrá cada compañero ser reconvenido como criminal o culpable? Si lo fuese, contestaría que la ley permite confiar en los demás hombres cuando se creen honrados; que éste es el medio de suplir las calidades morales o físicas que nos haya negado la naturaleza; que un principio de fraternidad, generoso en sí, y propio de una alma noble, jamás puede ser la causa de un expediente criminal y en fin, que la ley no castiga una acción en que el corazón ha quedado inocente. Si la confianza de Lezica en su cajero hubiese sido un secreto con el cual alguno se hubiese engañado, podría hacérsele de ello una culpa; pero los hechos que pasaban a la vista de todos decían más que cualquiera solemne publicación. La reserva, y el objeto que en ella hubiese tenido sería el delito y no precisamente la confianza que se hacía en Hornung. A éste se le ve abusando y cometiendo un crimen por el cual directamente engañaba y perjudicaba a muchos; pero la naturaleza del delito no ha dimanado de la naturaleza de la confianza que en él se hacía. Definamos antes las cosas para hablar con la precisión que exigen los juicios criminales.

La culpa es grave cuando el efecto de la acción es natural y próximo a ella; leve, cuando es remoto, y levísima, cuando es remotísimo. Entregando Lezica su casa a la dirección de Hornung ¿ha podido pensar que fuese posible la falsificación de las letras? Otros hechos, que no han sucedido, habrían podido ser las consecuencias de esta confianza; pero la falsificación no tenía ejemplos, ni a primera vista presentaba un interés para el autor. Ha sucedido sin ser verosímil que sucediese; su conexión con el origen que se le atribuye es remotísima. Antes de verse no era calculable, ni por la naturaleza de la operación, ni por la calidad de la persona que la ha ejecutado.

La confianza de Lezica, considerada en sí misma no era un

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

acto culpable. ¡Qué distancia entre el que se embriaga y comete una muerte! Sin embargo no es sino un homicida culpable y no doloso. Tampoco lo es por sus efectos, porque jamás se habían producido por iguales causas; porque no nacieron en tantos años, existiendo la misma confianza que hoy se dice haberlos originado. La culpa de Lezica será por lo tanto levísima o será ninguna.

El sin duda sería culpable, si fuese cierto que entregó su casa a Hornung sin una garantía positiva de su buena conducta; pero si ha habido algún hombre que debiese confiar en otro ha sido Lezica en su cajero Hornung; y en esta parte cuenta con el sentimiento de todos. Lezica jamás había manejado sus intereses. Antes del año 26 estaban bajo la dirección de su hermano don Sebastián. Ya entonces Hornung gozaba en la casa del crédito de una grande capacidad, unida a una honradez a toda prueba. Yéndose para Chile el principal socio dejó los negocios de esta plaza al cargo de Lezica, recomendándole se guiase siempre por Hornung. Así era natural que fuese, porque él tenía mayores conocimientos mercantiles, y era el único que quedaba instruido de todo. A un hombre como Hornung le fue muy fácil obtener desde entonces toda la confianza de Lezica. Su contracción al trabajo y los prósperos sucesos que cada día nacían bajo su hábil dirección le daban insensiblemente todo el influjo de que después abusó. En 1828 se le designó la cuarta parte de las utilidades, que equivalía aproximadamente a lo que podía obtener cada uno de los dueños del negocio. Desde entonces ya fue considerado como socio, y debía esperarse que él tomaría mayor empeño en los adelantamientos de la sociedad. Así sucedió efectivamente. Sobrevino la quiebra de Thwaytes que puso en el mayor peligro los intereses de Lezica y Hornung, con los auxilios de algunos amigos generosos, con la reputación que ya tenía en este comercio y con aparecer al frente de la casa, pudo en aquella ocasión salvar de una ruina. Corre el tiempo, y este mismo hombre, a quien tantas cosas reales recomendaban, consigue por sí solo hacer un contrato el más lucrativo con Holterolf de Alemania. Este individuo era el mismo que en años anteriores lo había colocado con don Sebastián Lezica. Su antigua amistad con Hornung, y mil consideraciones personales a éste procuraron a la casa un ramo de comercio el más ventajoso. La remisión de cueros fue desde entonces su principal giro. Era absolutamente necesario dejarlo a la exclusiva dirección de Hornung, porque él lo había creado, porque era el único que podía desempeñar las mil operaciones de cambio sobre diferentes plazas que por su naturaleza pedía y porque Holterolf directamente se entendía con él. Puesto

ya en sus manos el negocio principal, era una consecuencia necesaria dejarlo todo a su dirección y no hacer un examen de cada medio que ponía en ejercicio. Los sucesos parecían corresponder a la confianza que se le hacía. Las comunicaciones de la casa alemana eran las más satisfactorias. Hornung desempeñaba aquel vasto giro con la habilidad y trabajo que le eran característicos. Lezica veía ésto, veía también aumentarse cada día el crédito que le prestaba el jefe de la casa de Alemania. Este le remitía fondos para invertirlos en establecimientos de campo, y le facilitaba también los que Hornung quería para sus propios negocios. Así es que Holterolf se encuentra hoy con una deuda activa de más de cien mil pesos fuertes.

Por otra parte, Hornung era casado en el país y tenía una numerosa familia. Tenía casa propia, una estancia en esta provincia y otra en el Estado Oriental. A más de todas estas garantías tan verdaderas, Lezica observó siempre en él la conducta más honrada. Por espacio de doce años, jamás oyó una queja contra Hornung; por el contrario, los paisanos de él, sus más íntimos amigos, los que tenían iguales motivos para conocerle, le entregaban todos los días su fortuna. Lo mismo sucedía con todas las casas de comercio de este pueblo. Si Hornung firmaba un pagaré a nombre de Lezica, nadie venía a preguntarle a éste el género de facultades con que lo había investido; el concurso abunda en este género de documentos. Si él necesitaba dinero, nunca se lo decía a Lezica; él solo se hacía cargo de vencer todas las dificultades, y lo hallaba en todas partes. ¿No está diciendo la misma quiebra la confianza que en él tenían todos? Calcúlese el tamaño de ésta por un solo hecho constante en autos. La firma de un comerciante de esta plaza se encuentra falsificada por Hornung en letras de más de cinco millones de pesos sin que alguno de los tenedores de ellas hubiesen jamás dudado de la fe de Hornung, sin que nadie ocurriese al girador a decirle siquiera porqué prestaba su firma en tanta cantidad. Nada se extrañaba por el crédito del que las entregaba. ¿Y cómo se quiere hacer a Lezica un crimen o una culpa, de la ignorancia de una falsedad que a tantos no ocurrió ni presumir? El jamás debió temer que cuando aceptaba una letra en blanco como regularmente lo hacía, Hornung le pusiese un giro falso que ninguna utilidad podía traerle. A no suponérsele ajeno de los sentimientos más naturales, no puede ni por un momento pensarse que con algún conocimiento había de dar a sus más íntimas personas documentos falsificados. Sus amigos, sus hermanas, casi toda su familia son tenedores de esta clase de letras. El todo del asunto está diciendo que la falta

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de balance del libro de letras, eran circunstancias muy naturales del sistema que había adoptado el cajero. Puede juzgarse que él haría todo lo posible para que Lezica encontrase inocentes estas acciones. ¡Y cuán fácil le sería persuadirlo de ello! De cualquier negocio antiguo o moderno que le preguntase, en el momento le daba por sus apuntes la más exacta razón. Mil veces le instó para que pusiese al corriente los libros. Se disculpaba con sus numerosas atenciones, le ofrecía hacerle luego, le demostraba que solo faltaba la operación material de trasladar a un libro los cuadernos particulares que llevaba. ¿Era lícito pues que arrojase de su casa a este aparente amigo que tantos buenos sucesos recomendaban, que por más de doce años había trabajado con el mayor empeño, cuando ya era el único que podía llevar los negocios de la casa, que estaba allí favoreciendo, más bien que recibiendo servicios; que tenía una existencia independiente por el gran crédito que gozaba en el comercio; era lícito, digo, que Lezica, que no veía sino prosperidades en sus negocios, se desprendiese de él, porque no le presentaba uno de los libros que debía llevar, porque no tomaba balance general, por omisiones de este género que pueden muy bien unirse con la buena conducta?

Al acusado se le hace también una culpa de no haber registrado el escritorio de Hornung. Este cargo ha nacido de haberse encontrado allí porción de letras falsificadas. Si nada se hubiese hallado, esta omisión no sería una culpa. Lezica no tenía el menor motivo para suponer que en una mesa que todos veían existieran los comprobantes del crimen. Varios dependientes de la casa, inteligentes en el comercio, que trabajaban en el escritorio con Hornung, que veían todas sus operaciones, y que observaban toda su conducta, han sido ellos y sus casas completamente arruinados. En la conducta de Hornung no aparecía misterio alguno; todo su manejo era público; sin duda que Lezica nada hubiera descubierto, aunque hubiese entrado al escritorio mil veces al día. Su delito consistirá pues, en haber dado crédito al que por tantos hechos parecía merecerlo, y no en haber prestado una ciega confianza sin garantía alguna. El camino por donde Hornung ha conducido a Lezica hubiera también arrastrado a cualquiera otro que supiese apreciar lo que hay más digno de ser estimado. Hornung no era ya un dependiente, era un antiguo amigo de la casa. Dígase más bien que Lezica se dejó vencer por la fuerza del talento, por la amistad más generosa, por la honradez más acrisolada, por las lecciones de una apariencia de tantos años por los hechos de otros muchos engañados como él, por la astucia más

refinada y por todo lo que no es dado resistir a un hombre nacido con un corazón sano.

Si ésto no convence, si a pesar de tantas y tan patentes demostraciones aún se juzga que Lezica es culpable, yo no entraré suponiéndolo así a discutir la responsabilidad que le trae la quiebra de su casa por las omisiones del género de las que se han expuesto.

En las bancarrotas culpables no puede procederse criminalmente [7] ni puede el acusador público prevenir el juicio de la clasificación de la quiebra, ni menos obstar con su intervención los acomodamientos que hagan los acreedores con el deudor fallido. En cuestiones semejantes es preciso no solo ver la culpa del uno, sino también el interés de los acreedores, que mil veces se hallaría comprometido, si el negocio hubiese de ser seguido en la forma de un proceso criminal. Un deudor que no es sino un desgraciado, pero que sabe va a ser tratado con la misma severidad que un deudor doloso, jamás haría la fatal declaración de la quiebra que iba a entregarlo a la justicia criminal. Se haría una ejida de las formas mismas, creadas para perseguirle, y pondría a cubierto su persona y sus bienes; mientras que si él hubiese estado seguro de poder entregarse a la beneficiencia de sus acreedores, su desgracia y probidad serían para todos sus mejores recursos. Si a cada uno le es permitido usar y aún abusar de sus cosas y de sus derechos ¿podrá el acusador público privar a un acreedor que haga una remisión de su deuda, o que de por satisfechas sus acciones con la parte que le corresponda en los bienes del fallido? Comúnmente sucede que los acreedores, por estimación, por compasión a un deudor cuya honradez y desgracias conocen, desisten de toda persecución judicial ¿y podrá el agente fiscal impedir este movimiento de justicia y beneficencia, cuando solo se trata de los efectos de unos hechos que no son verdaderos delitos? ¿Con qué título podría respecto a los acreedores reunidos, lo que no puede respecto a cada uno separadamente?

Nuestras leyes son a este respecto las más positivas y terminantes. Una de las culpas más graves que conoce el derecho en esta materia es el alzamiento de la persona, porque un comerciante que huye arroja la presunción de ser delincuente, y perjudica a sus acreedores con la falta de conocimientos que pudiera darles. La ley reputa este acto suficiente para tratar al fallido como doloso; anula las igualas, avenencias y cualesquiera otros conciertos que con él se hicieren; manda que respecto a ésto, y

7 Arg. de la L. únic., tít. 13, lib. 3, R.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

a los pagos que se les pueden hacer, y a todos los demás efectos de la quiebra sean tenidos como fraudulentos; mas en cuanto a poderse proceder contra ellos criminalmente, dice la ley que en cuanto a ésto, no probándose que han alzado bienes, ni libros, no se entienda ni haya lugar contra ellos lo mandado respecto a los quebrados fraudulentos.[8] Las ordenanzas aún han relajado el rigor de esta disposición respecto a los acuerdos con el deudor alzado y culpable. Permítele presentarse bajo un salvo conducto, tratar con sus acreedores, y concluir todo el negocio según lo dispusiere el mayor número de personas y cantidades.[9]

Solo al quebrado fraudulento no se le permite hoy transar con sus acreedores y éste es uno de los derechos de que la ley le priva en odio del delito. Esta disposición no puede extenderse a otros casos no comprendidos en ella. Es el texto expreso de la ley Recopilada [10] que ha determinado el modo de proceder con los fallidos. Diría también que ésta es la práctica de los Tribunales de este pueblo, pues jamás han dejado de aprobarse los avenimientos hechos con el deudor, cuando no se ha opuesto algún motivo que haga juzgar que el fallido es un quebrado fraudulento.

El agente fiscal reconoce también estos principios: confiesa que sólo las quiebras fraudulentas pueden ser objeto de la acusación pública, y que las meramente culpables están reservadas a las acciones civiles de los acreedores. Por lo tanto, si al juzgar Vuestra Excelencia del mérito del proceso, encuentra que la quiebra sólo es culpable, debe dejarle al acusado la facultad de convenirse con sus acreedores. Cediéndoles todos sus bienes ninguno habría que quisiere llevar adelante sus acciones. El Tribunal no está en el deber de castigar omisiones o culpas que pueden ser dispensadas por los interesados. Invoco, Señor, para un desgraciado este valioso derecho, porque él importa el resultado de todo el proceso. La causa aún no está desaforada. Vuestra Excelencia inviste en este juicio las facultades de un Tribunal Civil y Criminal, y si el reo que se presenta para ser juzgado debe responder a los cargos que se le hacen como a comerciante debe también gozar de los derechos o beneficios que como a tal le conceden las leyes.

Pero, aún poniéndome en el caso de que no se le juzgue por el derecho mercantil, debo decir también que sólo pueden ejercerse acciones civiles por los perjuicios ocasionados por un descuido o imprudencia. Los hechos ilícitos cometidos por culpa pero sin dolo, son los cuasi delitos que nunca traen condenaciones penales.[11] Aunque hasta aquí no he mirado sino un objeto, conozco que son dos los que la ley considera, y que no debe sólo verse la desgracia de un hombre castigado por un error, sino también a la víctima de este error. ¿Cuál sería la suerte de los hombres en la sociedad, si ellos no tuviesen recursos contra todos los males que les pudiesen sobrevenir por la imprudencia de sus semejantes? Una justa severidad puede prevenirlos por útiles ejemplos, haciendo que vivan advertidos por el pensamiento de un peligro para ellos mismos. La ley no ha podido trepidar entre el que se engaña y el que sufre. Donde ve una pérdida para un ciudadano, ella busca el autor; examina si le ha sido posible no causarla; y desde que encuentra en él inatención, o ligereza, le condena a la reparación del mal que ha hecho. Mas ella pone también justos límites a su rigor; jamás se dirige contra su persona, jamás lo equivoca con los delincuentes, jamás lo comprende en las duras formas de los juicios criminales; jamás lo infama, siempre salva su honor.[12] Ella no exige otra satisfacción que la indemnización del que sufre, no exige sino un sacrificio de la fortuna, no lo exige sino para dar un recurso al desgraciado. Tan cierto es ésto que cuando el mal no sucede, aunque el hecho que podía ocasionarlo sea efectivo, ella no inflige pena alguna. Tampoco la impone para sustituírla a la acción civil, cuando los recursos del demandado no alcanzan a indemnizar el perjuicio. El principio *qui non habet in bonis luat in corpore* solo tiene aplicación en las penas pecuniarias y no en las reparaciones civiles.[13]

Además, para que un hombre pueda ser responsable del mal que ha causado, es necesario que haya una culpa en su acción; es necesario que le haya sido posible con más vigilancia sobre sí mismo librarse de ella. Pero cuando alguno daña a otro por el imperio de una causa mayor, cuando el perjuicio viene de una acción ordinaria inconexa con el hecho que produce, entonces él no es la causa determinante de la desgracia que sucede, y ni aún es obligado a reparación alguna. La medida de la responsabilidad depende principalmente de las circunstancias para ser determinada. Si es inexcusable la falta en el autor del accidente, entonces la reparación es igual a la pérdida; mas si en el suceso se encuen-

8 L. 6, tít. 19, lib. 5, R.
9 Orden., cap. 17. Art. 19 y 20.
10 L. 2, tít. 19, lib. 5, R.

11 HEINEC, Recit, 1112.
12 L. 25, tít. 15, part. 7.
13 Arg. de la L.L. del tít. 15, part. 7.

Biblioteca del Gioja. UBA. Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

tra una mezcla de cosas producida por la imprudencia del uno, por la casualidad o por una culpa o descuido también del que padece, entonces se disminuye la falta, como que el efecto ha tenido causas varias. No necesito aplicar estos principios al suceso de la quiebra, pues sus relaciones se presentan a primera vista.

Acabaré de desenvolver las teorías del derecho con un ejemplo de la ley. Un Juez es culpable por ignorar o infringir el derecho, porque encargándose de la facultad de juzgar, ha prometido las calidades necesarias para llenarla cumplidamente. Si pronuncia una sentencia injusta prevaricando en su oficio, o si lo hace por odio o amistad la ley le arroja del empleo, le manda resarcir el daño, le infama para siempre, le impone una pena pecuniaria, y en algunos casos también la de muerte.[14] Pero si la misma sentencia ha sido pronunciada por ignorancia o imprudencia, entonces lo mantiene en su honor, se abstiene de castigarlo "e non ha otra pena, dice, que pechar a aquel contra quien dió el juicio todo el daño o el menoscabo que el hubo por razón de él".[15] En estos casos las culpas, las omisiones, las imprudencias solo producen una acción personal *in his autem casibus,* dice el derecho Romano, *in factum actio competit*,[16] porque falta el dolo; porque el verdadero delito se compone de dos elementos, de un hecho que constituye su materialidad, y de la intención que ha conducido a este hecho, y determinado a moralidad de él.

¡Qué diremos pues cuando no por un crimen sino por una culpa, se pide la expatriación, y que el acusado sea privado de ejercer actos de comercio! Esta última pena le infamará, lo condenaría a una eterna miseria y ella sola equivaldría a un destierro perpetuo. Así los romanos privando al ciudadano del agua y del fuego, le arrojaban para siempre de la sociedad. Valdría menos la columna infamante de Atenas, la marca a fuego, la argolla española, pues que al fin no quitaban que los demás hombres hiciesen en el fallido la confianza que quisiesen, ni obligaban a éste a ser un perfecto pordiosero. Pésese bien el extenso y real significado de esta pena, no poder comerciar, y dígasele despues al reo que es obligado a soportar la existencia para ver en cada acto de su vida la verguenza que acompaña a su nombre. En la legislación española algunas veces este castigo era una ley meramente civil, era una ley de gremios, cuando la sociedad estaba subdividida en diferentes asociaciones particulares. Separadas

14 L.L. 25 y 26, tít. 22, part. 3.
15 L. 24, tít. 22, part. 3.
16 Instit., lib. 4, tít. 5, § 3.

las unas de las otras, todas ellas tenían sus estatutos, sus principios, sus máximas, sus costumbres, sus virtudes; y no se entendía por comerciante lo que se entiende ahora. Pero en lo criminal esta pena no se encuentra aplicada sino al quebrado fraudulento, al ladrón público.[17] *Nemo eorum semel de intervensione convictus,* ordena el derecho civil, *id rursus officium gerat in quo ante de coxit.*[18] La ley Recopilada, condenando a muerte al fallido fraudulento, manda que cuando ésto no pueda ejecutarse, se le imponga el castigo de no poder comerciar.[19] Bastaba, Señor, que esta pena estuviese sustituída a la de muerte, para que no hubiera sido pedida contra don Faustino Lezica. Pudiera ser que ella se hubiese equivocado con la privación de voz activa en el Consulado, que se ordena aún para los fallidos inculpables, mientras no hubiesen satisfecho sus deudas;[20] pero ésta tampoco es una ley penal, que pueda aplicarse en juicio alguno. Es la ley de elecciones que deja de tener efecto cuando el quebrado haya obtenido su rehabilitación. Y aunque fuese la ley de la materia, yo diría que otra ley patria al encargar el cumplimiento de las leyes penales, dice que no por ésto se juzgue restablecida la observancia de aquellas que por inhumanas ha proscripto la práctica de los Tribunales;[21] y no hay un solo ejemplo que demuestre que alguna vez ella se ha aplicado a nuestro país. Otro tanto debería decir de la pena de destierro, pero sería por demás después de haber probado que Lezica no es delincuente.

Habría, Señor, concluído la defensa del acusado, si sólo tuviese que responder a los hechos del proceso o a los diversos aspectos bajo los cuales puede presentarse la causa, mas aún creo que me resta que destruir una potencia de diferente género, que obrando fuertemente en el ánimo de los Jueces no ha debido sin embargo mencionarse ante los Tribunales de Justicia. Hablo del clamor público levantado contra el individuo a quien estoy defendiendo. Nada tiene de extraño el oír quejarse al que ha perdido dinero; pero que ésto no sirva para desnaturalizar los hechos y convertir en criminales las acciones más inocentes. Sí, lo menos que debe traerse a consideración son las víctimas de la quiebra. También hay alguna justicia por la otra parte. Poco ha faltado para que en el pueblo de Buenos Aires se presente una de aquellas escenas de que tantas veces fue testigo el pueblo

17 L. 2, tít. 19, lib. 5, R.
18 L. 12, Cód. de susceptor. Prae pos.
19 L. 2, tít. 19, L. 5, R.
20 Ord., Cap. 17, Art. 3.
21 Reg. de 1817. Cap. 3, Art. 14.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

romano, cuando un ejército de deudores con las armas en la mano, pedía al Gobierno los librase de las obligaciones causadas en su mayor parte por las inmoderadas usuras de los acreedores. Allí como aquí, el dinero a intereses, puedo decir, era dinero dado a la gruesa ventura, que había derecho a cobrarle si el barco llegaba al puerto. Se han olvidado las fuentes de riqueza que presenta nuestro suelo; se han sacado los capitales de su destino natural; se han agotado mil géneros de industria, todo para constituírse una crecida renta del interés del dinero, poniendo con ésto mismo el mayor embarazo a la riqueza pública. El dos o tres por ciento mensual es la unidad de las ganancias, a la cual es preciso comparar cualquiera otra colocación de fondos. Esta renta no es el producto del servicio del capital, sino en su mayor parte, el seguro que se ha cobrado ya de la bancarrota que puede sobrevenir. Es un juego de suerte, en que por desgracia han entrado todas las clases de la sociedad, desde el artesano hasta el sacerdote y religioso como lo hemos visto en varios concursos. Los hombres se han acostumbrado a no ganar sino lo que otros pierden; a esperar de la fortuna lo que únicamente debían prometerse de los efectos lentos pero ciertos del trabajo. Arruinan a un deudor y cuando ven la obra de sus manos retroceden con espanto, se olvidan de la primera causa y quieren que las leyes violadas mil veces por ellos mismos pongan un remedio a lo que no puede remediarse sino con las lecciones de una cruel experiencia. Es, dicen, el interés corriente de la plaza; y con esta frase quieren salvar todos los principios de la moral. También en los últimos días del sistema de Law. el interés corriente en el pueblo de París era el cinco o el seis por ciento al día. Pero queda ya pagado el peligro del capital y se juega a la ventura de un suceso. Que estas palabras no traigan una ojeriza contra el acusado; yo las digo, porque en estos momentos, debo decir en defensa del reo cuánto me dicten los principios de una eterna justicia. No pretendo con ésto disminuir la fealdad de un crimen; pero cuando éste no existe, puede ser lícito ver las cosas o sus causas positivas y efectos inevitables. La casa de Lezica quedó arruinada por dos acontecimientos inculpables, la quiebra de Thwaytes y la pérdida de los ganados que tenía. Comienza entonces a tomar dinero a intereses y se halla a los cuatro o cinco años con una inmensa deuda. Las utilidades del giro daban más que lo suficiente para los moderados gastos de su familia. ¿Qué se ha hecho el capital prestado? En muy corto tiempo ha vuelto a las manos que lo entregaron; los intereses lo han devorado todo; los acreedores han quebrado al deudor. Dejémonos de atribuciones que el buen sentido repele, por lo mismo que tenemos licencia para cargar a Hornung con todos los crímenes que queramos. Tírese la cuenta de un interés compuesto al dos por ciento mensual, y allí se hallará la causa primordial de este desastroso acontecimiento. El habrá sucedido por dos imprudencias, por dos culpas: Lezica bastante ha purgado la suya. Ha descendido hasta una cárcel pública, ha perdido sus intereses, ha visto desaparecer a un hermano por esta malhadada causa, ve la triste historia que irá unida a su nombre, conoce y siente que se le escapa una vida entera. Que aquí paren los sufrimientos de un hombre cuya conciencia está sana. Es el suficiente castigo de una culpa. El pueblo no necesita de más crueles ejemplos, que los que por esta causa han venido. El suceso por sí hará lo demás: doctrinará a los unos y enseñará a los otros lo que las leyes no han podido conseguir hasta aquí. Yo lo dejo pues entregado a la justicia del Superior Tribunal, seguro que Vuestra Excelencia libre de aquella susceptibilidad que no nos permite ver a los hombres y a las cosas como verdaderamente son, conocerá por el proceso el carácter del acusado, su entera inocencia en el suceso que ha dado notabilidad a esta causa; y que dispensando en los errores de nuestros semejantes lo que un juicio moderado debe dispensar, disipará esa nube de males que envuelve su actual existencia.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XIV

CAUSA CRIMINAL CONTRA DON ESTEBAN Y JOSE MARIA YAÑEZ *

[SOBRE HOMICIDIO Y SUS MEDIOS PROBATORIOS]

El Doctor don Valentín Alsina defendía a estos reos. En primera instancia habían sido condenados a muerte. Llevada la causa en apelación a la Cámara, fueron condenados a ocho años de destierro. Suplicada la sentencia por el acusador y los acusados, el Tribunal en número de seis jueces estuvo en discordia, tres por la libertad y tres por la pena de muerte. La Cámara llamó entonces a mayor número de jueces. En estos momentos, el doctor Alsina obligado a salir del país precipitadamente, me recomendó la defensa de los reos. Yo pronuncié en la Cámara el siguiente informe y obtuve la libertad de los acusados.

* * *

Excelentísimo Señor

Cuando estos pobres reos esperaban que en la revisión de la causa fuesen absueltos de la acusación, o que en el caso más fatal se confirmara la sentencia de vista, el último decreto de Vuestra Excelencia que llama a mayor número de jueces, los pone acaso en circunstancias aún más azarosas. Tal vez se ha dudado el condenarlos a un presidio, tal vez el Tribunal está en discordia

* Fue impreso en la época bajo el título *Informe en defensa de Esteban y José María Yañez acusados de homicidio; pronunciado ante la Exma. Cámara de Justicia en la revisión en discordia de la causa* por D. V. Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1835. Luego publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. II Buenos Aires, 377-407 pp. con breve introducción y agregándosele un sumario. Reproducido en *Dalmacio Velez Sarsfield, Político y jurista...* cit., pp. 351-379.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

sobre la vida o muerte de estos hombres; y en los momentos críticos que nuevos jueces van a resolver esta grave cuestión, les falta a los acusados el hábil y empeñoso abogado que los defendía. Yo vengo pues, convencido íntimamente de la inocencia de los reos, a prestarles un auxilio que aún necesitan, y voy a ver si me es dado inclinar a favor de ellos la terrible balanza que debe decidir de su suerte. Cuento en este noble empeño con todo el poder de las leyes, cuento con la humanidad de los señores jueces y con la filantrópica historia de este Tribunal, de donde no ha salido condenado ningún hombre al parecer inocente.

Conozco los límites que me imponen las circunstancias de una causa vista ya por tercera vez, y en la que por dos ocasiones han informado los abogados. Es un deber para mí el ser preciso, el no repetir lo alegado hasta ahora, ni de ocuparme de insignificantes argumentos pulverizados por el anterior abogado de los reos. Todos los hechos han sido ya luminosamente aclarados; pero se han contestado con vagas e inconducentes teorías. Examinaré pues, solamente las cuestiones de derecho y contestaré, si Vuestra Excelencia me lo permite, con mil leyes y autoridades a la extraña jurisprudencia de que se ha valido el acusador.

El joven Ureta, huésped y amigo de los Yáñez, desaparece de casa de ellos. Aún no se sabe si él es muerto: ningún vestigio anuncia su muerte. Falta el caballo en que andaba, falta el vestido que en ese día traía. Nadie le ha visto salir. El era de edad de veinte años y podía ensillar y gobernar su caballo. Los dueños de la casa que habían pasado la noche en un baile, comen a las once del día y se acuestan a dormir la siesta. Cuando se levantan, ya no estaba Ureta. Pasa aquel día creyendo Yáñez que había ido a lo de Barroca, donde vivía los días anteriores, mas al siguiente, sabiendo que no se hallaba allí, comienzan a buscarle por todas partes, y no encontrándole, dan aviso al Comisario de Dolores. Aquí comienza una cadena de desgracias para estos infelices, que se pretende hacer acabar en un presidio o en un patíbulo.

El Comisario principia la sumaria y pone preso a Esteban y José María Yáñez. ¿Pero hay, Señor, hasta aquel momento, algún delito cometido? Todo se ignora: ni el joven aparece, ni hay rastro alguno de que su inocente sangre haya sido derramada. Es decir, no hay cuerpo de delito. Esta base tan esencial en los juicios criminales falta al principio de la causa, y falta hasta el fin, como lo haré ver. Las leyes que imponen a los jueces la obligación de inquirir, suponen un hecho cuya existencia no

se duda.[1] La averiguación del delito es primero que la averiguación del delincuente. *Illud sciendum est,* decía la ley Romana, *nisi constet aliquem esse occisum non haberi de familia quaestionem. Liquere igitur debet scelere interremtum, ut senatusconsulto locus sit.*[2] Nadie ha contestado hasta ahora una doctrina tan racional, y ha venido a ser un principio que en tales casos *occisum esse hominem a quocunque oportet* según las palabras de otra ley.[3]

Aún cuando se podía aprisionar a los hombres por leves conjeturas se exigía ante todo la constancia de haberse cometido un crimen. Las leyes patrias han garantido aún más la seguridad individual. Han mandado que nadie pueda ser preso sin una semiplena prueba de ser criminal.[4] Pero en esta causa desde el principio se suponía que el joven había sido muerto y que los Yáñez eran los matadores, aun cuando no apareciese ningún hombre muerto. La materia sobre que se habría ejecutado aquel hecho criminal no podía ser ocultada. No había allí un mar, un río caudaloso que pudiese llevar los restos de la víctima. La tierra se negaba a las ansias del Comisario. La casa, los cercados, todo, todo Señor, fue excavado y nada se halló. Vayan sin embargo los presuntos reos a morir en una cárcel, que para ellos no son las leyes que gobiernan todo el mundo.

Llegan aquí y cuando en las luces de los jueces y de los abogados debían hallar su mejor garantía, la forma sin embargo, que se dió al juicio apura aún más sus tristes circunstancias. El Juez de primera instancia no debía recibir un sumario y mandar a la cárcel a los procesados, cuando de él no constaba que tal determinado delito se había cometido, y cuando no suministraba las pruebas que la ley exige para la prisión de los hombres. La confesión de los reos no podía tomárseles sin la prueba completa del cuerpo del delito, pues aunque confesasen el crimen, tal aserción es de ningún valor, si por otra parte no se ha probado que tal delito se ha cometido por algún hombre.[5] Se me dirá que después apareció el cadáver; pero luego haré ver que con ésto nada se ha adelantado, mientras no conste que Ureta murió a manos de otro hombre.

¿Pero será Señor, que Esteban Yáñez debe responder del jo-

[1] L. 28, tít. 1, pág. 7 y L.L. 1 y 6, tít. 1, lib. 8, R.
[2] L. 1ª, tít. 5, lib. 29, Dig.
[3] L. 23, tít. 2, lib. 9, Dig.
[4] Reglamento de 1817, art. 15.
[5] L. 5, tít. 13, part. 3.

Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Gioja. UBA. Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ven que se le ha encomendado? ¿El es tan indicado como cualquiera otro individuo, o tiene que dar cuenta de su huésped, bajo la responsabilidad de una presunción de derecho que desde aquel acto le reputa criminal? Luego lo veremos. ¿Mas por qué su hijo se ha de ver también envuelto en esas presunciones de derecho? El acusador que ha usado del lenguaje de las leyes y de los doctores *contra dominum domus,* no puede dirigir este cargo contra José María Yáñez que no era dueño de la casa y que no tenía a su cuidado al finado Ureta. El cielo querría que viniese a acompañar a su anciano padre en los largos años de desgracias que lo esperaban.

Esteban al recibir al hijo de Ureta en su casa no ha contraído el compromiso de garantirle su vida. La ley [6] no pone este deber a los propietarios, ni respecto a las cosas que se tienen en casa de ellos. Su obligación era cuidarle y a fe que ésto jamás faltó, pues sus buenos oficios han sido para él un puñal de que harto ha usado el acusador. Pero se han llevado las cosas al extremo, se han desnaturalizado, y por una exageración en las ideas y en los principios, y como si un hombre fuese una especie sin vida y sin movimiento propio se quiere poner a los Yáñez en el caso del edicto Romano *nisi restituant, judicium dabo.* ¿Dónde está Ureta? Este es el cargo y al mismo tiempo la prueba, y la ley por la que el dueño de la casa debe venir a una cárcel y salir al cadalso. Se habrá ido, señores jueces, a pie o a caballo, vestido o desnudo adonde su cruel destino le conducía. La ley no le hace responsable sino cuando dentro de sus paredes se ha cometido el delito, cuando allí está el cadáver y no da razón del violador de los hogares de su huésped. ¿Pero qué extraña jurisprudencia es la que pone al dueño de una casa en la obligación de dar cuenta de los pasos y de la vida de los que llegan a ella; cuando libremente han podido salir; que no distingue la negligencia que en ésto puede haber de la culpa, ni a la culpa del dolo; para la cual es lo mismo el caso imprevisto, que el hecho meditado; que aplica para las personas la responsabilidad que la ley impone para las cosas, y que no sabe separar los efectos de las penas corporales?

Vamos adelante. El cadáver de Ureta apareció. Un monte a siete cuadras de la casa de los Yáñez le ocultaba de la vista de todos. Mas el tiempo de seis meses ha encubierto las señales del crimen, o los vestigios tal vez de otro incidente. No quedan sino restos informes que nada nos dicen. Pregunto: ¿se ha probado

[6] L. 25, tít. 8, part. 5.

con ésto el cuerpo del delito? En manera alguna. No basta ver a un hombre muerto para concluir luego alguien lo mató. Es preciso que en el cadáver se encuentre señales de que otro le quitó la vida. Pudo morir de muerte natural. Pudo matarle otro incidente. Pudo, en fin, suceder el hecho sin intervención de un ser racional. *Si occisus quidem non sit,* dice el derecho Romano, *mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo licet fassus sit.*[7] La ley patria exige igualmente [8] que el hombre muerto lo sea por algunas feridas que le diesen, y que no haya muerto de enfermedad o de su muerte. Luego para decirse probado el cuerpo del delito en un hecho de esta naturaleza, es absolutamente necesario que conste por la inspección del cadáver que se ha cometido un hecho criminal. Ureta, Señor, pudo haber sido muerto por el caballo. Moriría por alguna otra causa, o moriría de su muerte según la expresión de la ley.

¿Mas quién le puso bajo de un árbol espeso? Se arrastraría tal vez el infeliz hasta este sitio, o alguno le pondría encontrándole muerto, y queriendo alejar de sí una imputación. Si estas suposiciones son erradas, que lo sean. Yo no me empeño en demostrar que él no fuese muerto sino en que es posible, aunque no sea verosímil que las cosas sucedieran de otro modo que el que se cree. Me empeño en demostrar que el cadáver de Ureta no da una prueba completa de que otro hombre le mató. En este punto esencial no debe haber presunciones, ni pruebas a medias.[9] Es preciso una demostración acabada, y si es dado a las cosas humanas, es preciso una infalibilidad en el hecho principal. Las leyes no piden la sola verosimilitud. Un jurado podría juzgar de otro modo, pero ante un jurado ¡cuántos capítulos de las pruebas contrarias no sería preciso borrar! El acusador quiere, sin embargo, que unas veces los jueces prescindan de la estrictez de las leyes en puntos favorables a los acusados y que juzguen como hombres; y en otras se les pide que dejen a un lado sus sentimientos y su razón, y que como jueces sigan a los que les han precedido, arreglen sus decisiones a la opinión cierta o verdadera de tales tratadistas, y den a las leyes una extensión que la humanidad y el buen sentido reprueban.

Supongamos probado el cuerpo del delito para hablar de las presunciones del derecho contra el dueño de la casa, y también contra José María Yáñez, si se quiere. Las presunciones de dere-

[7] L. 25, tít. 2, lib. 9, Dig.
[8] L. 5, tít. 13, part. 3.
[9] Gut. praxis. crim. quest., 7.

Biblioteca del Giojа. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cho son de estricto sentido porque arrojan sobre el acusado la prueba de una negativa y porque eximen al acusador de probar su demanda. Mas parten de un hecho preciso y muchas veces circunstanciado por la ley misma. Ponen un antecedente y hacen de él una deducción legal. Mas es necesario que este antecedente sea puesto por la ley, para que también la consecuencia pueda llamarse presunción de derecho. Supuesto ésto, vamos a la cuestión. El derecho hace responsable al dueño de una casa de la muerte de su huésped; ¿pero en qué caso? Cuando se encuentra el cadáver en la misma casa, circunstancia esencialísima y única que no puede ser interpretada, ni recibir mayor latitud que la que resulta de las palabras de la ley. El cadáver de Ureta no se ha hallado, Señor, en casa de Yáñez, luego no es el caso de la presunción del derecho *contra dominum domus*. La ley del Fuero [10] para crear la presunción de derecho, dice "todo home que fallaren muerto o liborado en una casa". La del Estilo usa de los mismos términos [11]: "Pero si alguno es fallado muerto en casa de alguno, el Señor de la casa es tenudo etc." Otra ley del mismo Código [12]: "Y si finare alguno en casa de otro". La Recopilada [13]: "Todo home qut fallaren muerto o ferido en alguna casa". De esta base parten todas las presunciones de derecho, de un hecho perfectamente conocido, y conservan su fuerza mientras conste el caso supuesto de la ley. Hay por ejemplo una presunción de derecho: que el menor de 25 años no tiene el pleno conocimiento para contratar; que la sentencia pasada en cosa juzgada es arreglada a las leyes; que el que ha prestado el juramento decisorio habla después la verdad. ¿Pero quién duda que en todos estos casos sea precisa e incuestionable la menor edad, la sentencia y el transcurso de los términos y la deferencia de una de las partes en el juramento de la otra para hallarse en el caso de las presunciones de ley? Mas en la averiguación de la muerte de Ureta, todo es conjeturas, y creaciones de un fanatismo harto irracional y aún indigno de un padre que quiere vengar la muerte de su hijo.

El derecho Romano que en todos casos miraba a los pobres esclavos sin derecho a su vida y que tenía una razón especial y de circunstancias para procurar guardar la de los Señores de las acechanzas de sus siervos, sólo hacía a éstos responsables de la muerte de sus amos cuando el cadáver se hallaba en la misma

[10] L. 3, tít. 17, lib. 4, F.R.
[11] L. 54, Estil.
[12] L. 103, Estil.
[13] L. 11, tít. 23, lib. 8, R.

casa, y cuando el hecho había pasado en una habitación que los esclavos podrían haber oído o sabido cómo sucedió la muerte. Esto era más por la obligación que tenían los siervos de defender la vida de sus amos aún a costa de la suya, que porque el derecho verdaderamente presumiese que ellos le habían muerto. Véase el Senado Consulto Silaniano y lejos de encontrarse en todo él unas circunstancias semejantes a las que sirven de base a esta acusación sólo se hallará que cuando el cadáver del amo se encontrara en la ciudad o fuera de la casa como se halló el de Ureta, no eran entonces responsables ni los siervos ni la familia. *Plus quam iniquum est*, decía, *si forte late praedia habeat de omnibus qui in ea regione fuerint servis, et quaestionem haberi et suplicium sumi.* [14]

Por un modo singular de ver las cosas, así le llamaré, porque sin duda es demasiado ilustrado el acusador; por un modo singular de ver las cosas, decía, él se supone en un círculo de obligaciones, y su espíritu no se atreve a dejar un camino trazado por él solo, y por el cual no le conduce ni la razón ni el derecho. Habla como si hubiera alguna ley que obligue al dueño de la casa a dar razón de su huésped que ha desaparecido. Se encuentra luego el cadáver, y entonces deduce que pues el dueño de la casa tiene que dar cuenta de su huésped, hallándose muerto, debe también con su vida dar razón de la vida de aquél. Descífrense, diré así sus largos alegatos, y dígaseme si no es éste el esqueleto de la acusación. Las presunciones de derecho deben partir de hechos bien conocidos y no de otras presunciones, aunque sean de derecho.[15] No me cansaré de decirlo, le falta al acusador el hecho que únicamente podía suministrarle presunciones: la aparición del cadáver en casa de los reos. Sin esta base, más fácil sería probar directamente que los Yáñez derramaron la sangre de Ureta, que aplicarles las leyes que crearon esas presunciones de derecho. La falta de un antecedente tan preciso le obliga a poner en obra su imaginación, acumular sombras sin cuerpos, auxiliarse de los ápices del derecho y usar de una ciencia odiosa que sirve para que la verdad no aparezca, cuando en ello puede ir la vida de unos inocentes.

Creo, Señor, desligados a los Yáñez de los cargos que se les hacen como dueños de la casa. Voy a la segunda parte de mi argumento. Consideremoslos ya sin estas cualidades, y veamos

[14] § Si quis in Villa, tít. 5, Lib. 29 Dig.
[15] Lopez gloss. 2 a la L. 14, tít. 14, part. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

las pruebas que se han dado de ser ellos los matadores, como examinaremos el hecho respecto a otro cualquier individuo.

Cuando se indaga un delito, puede haber cierto género de prueba que indique la existencia de otras. Un indicio grave naturalmente obliga a preguntar al procesado dónde se hallaba en los momentos de cometerse el crimen. Un testigo de vista induce a averiguar si en las armas o en los vestidos del que se juzga reo hay señales del delito. Lo diré de una vez, las conjeturas, los indicios, y semiplenas pruebas, sólo son las primeras gradas necesarias para llegar a un punto dado. Pero se ha andado ya todo el camino. No queda trámite que llenar, ni diligencia alguna que hacer. Entonces la carencia misma de otras pruebas desvirtúa los indicios o medias pruebas que motivaron el proceso. Pero decir a la conclusión de una causa que hay semiplena prueba del delito, es usar del lenguaje y del derecho que las leyes solo permiten para la averiguación del delincuente; es igualar los deberes del Magistrado cuando va a mandar un auto de prisión, con los que la ley le impone cuando va a pronunciar una sentencia definitiva. Entonces, así como para el ánimo del juez no debe haber medias verdades, tampoco debe haber medias pruebas. *Veritas est indivisa,* decía un gran jurisconsulto,[16] *et quod non est plene verum, non est semiplene verum set plene falsum.* Esta doctrina es también de Cujacio. Ut veritas, dice, ita probatio scindi non potest; quae non est plena veritas, est plena falsitas; quae non est plene probatio, plene nulla probatio est.[17] En ésto mismo se fundan las leyes patrias cuando ordenan los procedimientos judiciales por indicios o semiplenas pruebas y mandan, sin embargo, que nadie pueda ser condenado sin pruebas tan claras como la luz del día. Nuestro derecho no conoce en ningún caso las medias pruebas para condenar a los hombres; y lo diré apoyado en dos respetables autoridades[18] que no hay texto alguno en el derecho Romano que haga esta división de pruebas en las sentencias definitivas. Las verdades judiciales, por otra parte, deben ser un todo cuyas fracciones no pueden componer otro sujeto. El acusador, haciendo uso de las pruebas incompletas, toma una de estas pequeñas partes que pertenecen al género de pruebas. Toma después un indicio que sería un átomo en la prueba de esta clase, y como quien compone un gran edificio con

16 Contius. a la L. 3 cod. ad. Leg. Jul. maj.
17 CUJACIO, Cód. ad leg jul. majest.
18 MERLIN, Rep. verb. preuve.; CUJ. a las decret. de testibus. cap. Universis.

pequeños ripios, quiere de estas fracciones de prueba formar por una forzada unión una prueba propiamente dicha. Vamos a verlo.

Todos los indicios y presunciones que se han alegado contra los reos, se reducen a que no era verosimil que Ureta, inexperto en los lugares, saliese solo de la casa de Yáñez; que estando su caballo desensillado antes de comer y no acostumbrado a ensillarle, era más que probable que no salió de la casa; que se encontraron una pistola, el poncho, y otras pequeñas cosas que siempre Ureta llevaba cuando montaba a caballo; que no tenía objeto en salir, pues que había venido a ver la yerra; que en las horas mismas que se le supone fuera, un testigo vió las botas de potro saliendo de su cama y que por lo tanto allí estaba el cadáver sofocado por los Yáñez; que ésto mismo lo dice una corbata que se halló con dos agujeros hechos al parecer por una violenta fuerza dirigida a sofocarle; que los Yáñez ese día y el siguiente se manifestaron tranquilos y no se cuidaron del destino de Ureta; mas que después, cuando comenzó a procederse contra ellos, el uno se desmayó, y el otro ¡también será un cargo! lamentaba su suerte y confiaba en Dios y en su inocencia; y en fin, que cuando comenzaron a buscar a Ureta, Esteban separaba estudiosamente a los demás del lugar en que se encontró el cadáver. Unidos estos indicios a otra porción de incidentes insignificantes y a supuestas contradicciones sobre puntos leves, se concluye definitivamente contra la vida de los acusados. Aunque ninguno de estos indicios está probado plenamente, y aunque ninguno de ellos es grave y concluyente, quiérese sin embargo que el conjunto de ellos haga una prueba acabada. ¿Cómo del conjunto de muchos indicios aún no probados, y de los cuales ninguno es grave, se puede formar una prueba completa? ¿Cómo pueden prestarse los unos a los otros una fuerza que no es atribuída a ninguno? ¿Cómo puede hacerse nacer la luz del conjunto de muchas cosas oscuras?

Sírvase observar también Vuestra Excelencia, que el género de prueba producido por el acusador no es directo, no es afirmativo. Nadie dice: Yo ví a los Yáñez manchados con la sangre de Ureta, estas son las armas de que se han valido; he aquí el interés, la premeditación en los hechos, y el fruto de su crimen. Todos los indicios expuestos, tienden a demostrar una proposición negativa. No ha salido Ureta de la casa; pero no a probar un hecho afirmativo, directo y doloso de los acusados hacia la víctima. Esta consideración es luminosa y legal, por más conexión que se le quiera dar a la permanencia de Ureta en la casa con

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

la perpetración del crimen. Un hecho negativo se presenta al entendimiento precisamente con circunstancias generales, y juzgamos por lo que regularmente sucede, pero un hecho afirmativo le vemos desde su principio; no generalizamos las acciones; y sucede muchas veces del modo que hasta entonces no ha sucedido. Por ésto no es un argumento contra los reos decir: Ureta no acostumbraba salir sin pistola, sin poncho etc., luego no salió. Saldría de otro modo del que nosotros creemos. En fin, las presunciones negativas no concluyen jamás, son medios términos a los cuales la razón da otro origen y otro fin: ¡y cuántas veces también lo que no pensamos ni alcanzamos, ha sido la causa de la inejecución de un hecho, que a primera vista nos arguía de otro hecho positivo! Me basta para ésto invocar la experiencia de cada hombre en los mil juicios negativos, y al parecer infalibles, que luego una leve circunstancia afirmativa los ha disipado completamente.

Valoremos por otros principios las pruebas producidas por el acusador.

El derecho ha admitido en muchos casos las pruebas por indicios o presunciones. Faltando los testigos las cosas pueden hablarnos, y suplir la prueba natural de los hechos. Pero así como para que tenga algún valor la deposición de los testigos es preciso que ella sea clara y directa al hecho; que no sea única y que sobre cada punto que se averigue se presenten dos testigos al menos; que éstos sean conformes los unos y los otros, y que declaren sobre un hecho grave y determinado; así también para que haya lugar a la prueba por indicios, es preciso que ellos tengan las mismas calidades morales. Es preciso que las presunciones estén ligadas entre sí respecto al hecho principal, sin depender la verdad de las unas de la verdad de las otras; que sean en algún número; y que se encuentren ellas mismas probadas suficientemente. Sobre todo, es preciso que sean del género creado o autorizado por la ley, es decir que sean violentas o graves y no leves o ligeras. Cuando la conexión de los hechos conocidos con el hecho no conocido es necesaria, sin ser de ley, el indicio que resulta de los primeros forma una presunción violenta de la verdad del segundo. Si esta conexión sin ser absolutamente necesaria y cierta es sin embargo conforme al orden más natural de las cosas, y si ella no puede ser falsa sino en casos muy raros, el indicio que produce forma una presunción grave. Mas si la presunción es causada por indicios que aunque ligados con el hecho

que se busca, no dejan muchas veces y aún comúnmente de estar unidas con el hecho contrario, entonces ella es leve y ligera.[19]

Estos principios servirán de base para clasificar las presunciones que se han deducido contra los Yáñez.

Todas ellas se dirigen a probar que Ureta no salió de la casa; pero no es éste el hecho doloso que la ley castiga. Si Ureta no salió de la casa, hay entonces en verdad una conexión grave, íntima, si se quiere, de este hecho con el crimen de su muerte; habrá por lo tanto una presunción vehemente de que los Yáñez lo mataron; mas al fin será una presunción y no el hecho mismo que se indaga. Con esta exactitud es preciso discurrir sobre la vida de los hombres. Ahora, pues, el grave indicio que contra los acusadores resultaría de la permanencia de Ureta en casa de ellos ¿con qué pruebas se ha demostrado? Con otros indicios; y éstos con leves conjeturas. Es un principio conforme a la razón y a las leyes que cuando muchos indicios no hacen más que probar uno solo, y cuando los argumentos de un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos por numerosa que sea no forma jamás una prueba legal. El mismo acusador ha sentado también como un axioma que los hechos accesorios que suministran los indicios para el hecho principal, deben ser probados completamente, y no con otros indicios. Y sin embargo ¿cuál es el género de prueba que le suministra el proceso? Todas las presunciones de que hace mérito se reducen a probar un solo hecho, que Ureta no salió de la casa. Este no es, como he dicho, el crimen sino un indicio de él. No debe, pues, demostrarse con otros indicios. Es, dice el acusador, que Ureta no habría salido sin poncho; es probable que él no ensillara el caballo, etc. Estos y otros débiles argumentos negativos son, Señor, las únicas pruebas con que se ha pretendido justificar el solo indicio grave que, probado, serviría de argumento contra los acusados, pero no de causa para condenarlos.

Si de aquí pasamos al examen particular de cada indicio, veremos que ninguno de los que se han alegado se halla probado como el derecho le ordena. Si examinamos el desmayo de uno de los reos, a más de haberse dado en contra la prueba coartada, encontraremos que un solo testigo, una mujer es la que lo dice. De modo que este indicio que va a probar otro indicio, no tiene ni aún una semiplena prueba de su verdad. Si se arguye que después de la siesta estaba Ureta en su cama, se da por prueba

19 MERLIN, Repert. verb. presemption.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

un indicio que tampoco se prueba, ni que probado concluye la demostración que un testigo dice haberle oído a otro que vió las botas de potro saliendo del catre. No vió a Ureta sino unas botas No las vieron otros, sino uno solo. No las vió el que declara, sino un tercero a quien se refiere. Cada argumento estriba sobre una base semejante. Sírvase Vuestra Excelencia llamar a un examen particular cualquiera indicio de los alegados por el acusador, y al buscar su relación con el crimen y las pruebas que le justifiquen, se hallará en un vacío en que el entendimiento no encuentra objeto en qué fijarse. Así es que los alegatos del acusador, bien examinados, se reducen únicamente a discutir lo que debía ya ser incuestionable, la prueba de los indicios.

Aún de esas débiles presunciones no se han dado otra prueba que algunos testigos manifiestamente falsos. Si el acusador quiere hacer constar que Ureta estuvo hasta las doce del día en casa de Yáñez, presenta por testigo a Silva, quien asegura haberle visto el viernes de esa semana, cuando el martes ya había muerto.

Va a probar que en casa de los Yáñez estaba el cadáver, y lo hace con el testimonio de María Cabrera que se refiere a Morales, Señor, la desmiente.

Si quiere demostrar que Esteban desviaba a los que le acompañaban, del lugar en que después se halló el cadáver, presenta por testigo a Barroca, el cual con el plano de los lugares es completamente tomado en una clásica falsedad.

Se olvida muy luego que ha querido probar que el cadáver estaba oculto en el monte: toma otro camino y encuentra también otro testigo. Queriendo demostrar que los Yáñez lo tuvieron sepultado bajo del mostrador de la pulpería, hace mérito de la declaración de Pasos, que dice había allí una excavación con todas las dimensiones de un sepulcro. Mas este testigo es también desmentido por el Comisario, y por todos los individuos que asistieron al registro y excavación de la casa.

Vuelve a tomar la primera idea y va a probar que esa misma noche sacaron el cadáver de la casa, y he aquí a Sotuyo que declara haber oído a Balboa que los Yáñez pasaron la noche en vela saliendo continuamente de la casa; pero se llama a Balboa, y diciendo éste ser falsa la referencia que a él se hace, prueba positivamente que jamás dijo tal cosa, porque esa noche la pasó en otra casa y no en la de los Yáñez. En todo ésto no hay exageración alguna. El mismo acusador en los párrafos 110 y 111 de su escrito en derecho, reconoce la contradicción que han sufrido

los testigos Barroca Bulacio, Sotuyo y Cabrera, por las personas a que se referían, y éstas son, Señor, las principales declaraciones que figuran en la causa. De páginas así compuestas se ha formado el proceso. El acusador no encuentra el punto en que debe fijarse: se le advierte indeciso en lo que ha de probar; se le ve luchando con la contrariedad misma de sus pruebas. A la par de él, se presentan los testigos destruyendo el uno la declaración del otro; falsos desmentidos, singulares, y sin que háyase llegado a probar un determinado hecho.

Sintiendo el acusador la debilidad de sus pruebas ocurre a otro medio harto odioso e indigno de los tiempos en que vivimos. Pretende aplicar al caso presente leyes que crearon pruebas privilegiadas para ciertos delitos. Yo no puedo contestar con la Filosofía del Derecho a las palabras de leyes positivas, ni hablar ante un Tribunal de Justicia de esos privilegios contra la vida de los hombres. Porque tal prueba baste por ejemplo, en el crimen de hurto, concluír de aquí que también debe bastar la misma en el homicidio, es una deducción falsa; porque entonces aún dejarían de ser privilegiados en sus pruebas los delitos que la ley ha señalado como tales; y porque falta la causa que movió al legislador para castigar tal crimen, aún cuando no esté plenamente probado. Es preciso que el delito sea de los privilegiados, para que cesen las leyes que hablan de los delitos en general. Pero más que todo, es necesario que las circunstancias de las pruebas privilegiadas estén patentes, y que ellas no sean lo mismo que se indaga; por ejemplo, que el hurto se haya cometido en la corte y que no haya cuestión sobre esta circunstancia que motiva el privilegio. El acusador quiere que unas pruebas incompletas sirvan para condenar a los Yáñez por haber sido muerto Ureta en el interior de una casa; mas los reos contestan que en manera alguna consta que en la casa fuese muerto; que aún no consta que alguien le mataría, o que pudo haber sido muerto en el campo a la luz del día; y sobre todo, que éste no es un delito de los que tienen pruebas privilegiadas.

Contraigamos sin embargo la cuestión a las leyes de que se hace mérito. ¿Acaso habrá un delito de pruebas tan privilegiadas que leves e inconducentes indicios sirvan para condenar a los acusados?

Cuando las leyes han mostrado su odio por ciertos crímenes, en ninguna manera han pensado dejar a la ventura la inocencia de los hombres. Veamos por estas mismas leyes las pruebas que en este proceso serían indispensables suponiendo privilegiado el delito de que se acusa a los Yáñez. Si la ley habla del delito pri-

Biblioteca de la Facultad de Derecho del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

vilegiado de hurto en la corte y su rastro, dice: "Que basta la prueba de estar probado por un solo testigo idóneo aunque sea el robado, o cómplice confeso de sí, y purgada su infamia y añadiendo otros dos indicios o argumentos graves que conspiren al mismo fin y persuadan a la prudente racional credulidad de ser el delincuente".[20] Si del delito nefando, manda: "que probándose el dicho delito nefando por tres testigos singulares mayores de toda excepción, aunque cada uno de ellos deponga de acto particular y diferente, o por cuatro aunque sean partícipes del delito, o padezcan otras cualesquier tachas que no sean de enemistad capital, o por tres de estos aunque padezcan tachas en la forma dicha, y hayan sido así mismo participantes, concurriendo indicios o presunciones que hagan ver criminales sin deposiciones se tengan por bastante probanza".[21] Si la ley va a castigar a los usurarios, delito también privilegiado, dice: "que si fueren dos o tres o más los que vinieren diciendo sobre jura de los Santos Evangelios que recibieron algo de alguno o logro, que vale su testimonio maguer que cada uno diga de su hecho, siendo las personas tales que entienda el que lo hubiera de librar que son de creer; y otrosí habiendo algunas otras presunciones y circunstancias porque vea el que lo hubiera de juzgar que es verdad lo que dicen".[22] Lo mismo dispone cuando va a penar a los jueces que reciben dones de litigantes.[23] Se ve por estas disposiciones que las leyes en ciertos delitos no fijan definitivamente la conciencia legal de los jueces; pero sí exijen que el todo de la prueba sea capaz de persuadirles que el acusado es el autor del delito. Un juez, pues, aún cuando examine un delito privilegiado, debe para condenar al acusado, creer en su conciencia que es criminal. Lo contrario sería una inmoralidad de que no se puede acusar a nuestras leyes.

Es verdad que las disposiciones citadas dan fe a testigos singulares; pero adviértase que es a la singularidad cumulativa, no se destruyen el uno al otro, testifican de un hecho por su naturaleza sucesivo, continuo o genérico; por ejemplo, Juan de haber recibido de Antonio mil pesos a usuras, Pedro de haber recibido otra suma del mismo acreedor. Esta clase de prueba bastante racional en verdad, es una prueba completa en materias civiles y la ley, lo único que ha hecho es autorizarla para que también sirva en los delitos privilegiados. Pero jamás el derecho ha podido dar mérito a la singularidad obstativa, la que contiene contrariedad en los dichos de los testigos.

[20] Auto 19, tít. 11, lib. 8, Aut. Ac.
[21] L. 2, tít. 21, lib. 8, R.
[22] L. 4, tít. 6, lib. 8, R.
[23] L. 6, tít. 9, lib. 3, R.

Las leyes hablan también de indicios, pero expresamente se refieren a indicios graves; no a uno solo, sino a dos o más; no dándoles tampoco el mérito para que por ellos se condene al acusado, sino para servir de auxilio a la prueba que se hubiese producido con testigos singulares de singularidad cumulativa. Y todo ésto, Señor puede aplicarse a la causa de los Yáñez. ¿Dónde están esos hechos que convencen al juez del crimen que a estos hombres se imputa? ¿Dónde esos testigos singulares, y que la singularidad del uno concurra a probar el dicho del otro? La naturaleza del hecho, no siendo sucesivo o continuo, ¿puede presentarse a esta clase de pruebas? Esos dos indicios graves que la ley pide para suplir a los testigos singulares, ¿dónde se hallan? La verdad única que de este examen resulta es que si aún suponiendo el delito de los Yáñez privilegiado en sus pruebas, no se han dado por el acusador las que el derecho pide, podría decirse que no estando como no estamos en el caso de la prueba privilegiada, con mayor razón la que se ha producido por don Antonio Ureta es de ninguna fuerza para condenar a los acusados.

Aquí debía terminar la defensa de que me he encargado por aquella ley natural y de todos códigos que el reo debe ser absuelto no probándose la acusación; pero ignoro si la verdadera discordancia de votos al sentenciar la causa ha sido sobre la vida o muerte de estos hombres, o sobre alguna otra pena grave que deba imponérseles. Mis deberes en este caso son muy sagrados aunque al llenarlos apure la paciencia de los señores jueces. Voy pues a discutir esas incompletas pruebas contrarias si es que ya no están destruidas por sí mismas.

Cuatro testigos declaran sobre la salida de Ureta de casa de Yáñez, a las mismas horas que éstos dicen haber estado durmiendo. He aquí un hecho positivo que destruye definitivamente el único indicio grave que ha pretendido probar el acusador. Denis dice que lo vió pasar por su casa en un caballo gateado el mismo día martes, y a las horas que se ha dicho que fue muerto por los Yáñez. ¿Qué se opone a este testigo? Su menor edad, y que en derecho no vale por ésto su declaración. Pero sí vale, Señor, aunque no valga como la de un testigo mayor de toda excepción. La ley habla de los menores que declaren en causas criminales y dispone, pero seyendo de buen entendimiento a tales menores farían gran presunción al fecho sobre que fuere el testimonio.[24]

[24] L. 9, tít. 16, part. 3.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Luego solo este testigo haría gran presunción de la inocencia de los reos. Presunción que puede destruir cualquiera otra grave presunción en contra, supuesto que unas pruebas pueden destruirse con otras. Pero a más, la ley habla del testigo menor de edad que se presentase en contra del acusado y no del que declare a su favor y como regularmente en todas las causas piadosas no se exige una prueba acabada, los testigos menores de edad pueden ser dignos de fe favoreciendo la inocencia de los reos. Ellos también vienen a ser hábiles cuando el hecho por sus circunstancias no puede ser probado con otros testigos,[25] por suceder por ejemplo en despoblado.

Si Denis fuese el único que hubiese visto a Ureta, pudiera dudarse de la verdad de su declaración; pero él concurre con el testigo Monge, mayor de toda excepción, y desde entonces cesa su inhabilidad, como es doctrina común.[26] ¿Pero qué se dice de Monge? Que no está ratificado en el plenario, y ésto es todo lo que se opone a un testigo que acaba la cuestión, que habla sobre un hecho que otros también deponen, y cuya declaración está acorde con la de varios testigos ratificados. El Tribunal para hallar la verdad no necesita esta solemnidad del juicio, y puede con arreglo a la ley[27] sentenciar según lo que aparezca del proceso. Corroboran estas declaraciones otros dos testigos intachables que deponen sobre el mismo hecho. Navarrete y Salas vieron en el mismo día en el campo salir de casa de los Yáñez a un hombre que, por todas sus señales, se viene en conocimiento que es el mismo de que han hablado Denis y Monge. Si el acusador tuviese dos testigos que hubiesen visto el cadáver del joven en casa de los Yáñez, y otros dos que concurriesen a probar lo mismo, todo estaría hecho y para él no sería un problema la vida de los acusados. ¿Por qué no ha de ser más fácil demostrar la inocencia que el crimen, cuando la prueba que sería suficiente para el uno, está a favor de los reos?

La buena reputación de los procesados destruye también ese cúmulo de leves presunciones que con tanto esfuerzo se han aglomerado. Sesenta años, Señor, habían pasado sobre ese hombre, autor hoy de tan execrable delito, sin que se le notase vicio alguno. Su casa era reputada como la de un hombre de bien. El mismo acusador es el mejor testigo de la honradez de Esteban Yáñez. Era su antiguo amigo; le confiaba sus intereses, y Yáñez siempre

25 GÓMEZ, tom. 3, cap. 12, Nº 20.
26 GÓMEZ, leg. cit., Nº 21.
27 L. 10, tít. 17, lib. 4, R.

fiel, correspondía a la amistad de don Antonio Ureta. ¡Qué más! En un proceso como éste, en que han ideado tantos caminos para hacerle aparecer criminal; en que no hay circunstancia ni hecho alguno que no se haya tergiversado, se han respetado únicamente las costumbres y la conducta del acusado. Don Antonio Ureta no ha dicho, Señor, cosa alguna contra la honradez y buena opinión de estos hombres. Esto es muy positivo y habla mucho a favor de los reos. ¿Será creíble, pues, que un hombre de este carácter y de esta edad, dé una muerte bárbara a un inocente joven, que hasta entonces había cuidado con tanto esmero, en los momentos en que dormía, en su casa, a las doce del día, en la cama en que él mismo le había puesto, que llame a su hijo para cómplice del crimen, o que el hijo traiga al padre, salvando en un momento las barreras que la naturaleza y la educación habrían sin duda interpuesto para una connivencia tan criminal?

En el derecho, la buena fama es el mejor argumento que en caso dudoso puede usar el acusado, *inspecto vitae ejus precedentis actu venia ei dabitur* manda la ley romana.[28] Ella por sí destruye la semiplena prueba producida por un testigo idóneo,[29] y cualesquiera otras pruebas que no demuestren claramente el delito porque es hecha la acusación.[30]

La falta de causa y objeto para ejecutar el crimen es argumento decisivo de la inocencia de los Yáñez. Diré con el orador Romano: *"Si vita hominum est ut ad maleficium nemo conetur sine spe atque emolumento accedere, quaeretis ita debitis judicis, ubi multa habere multa improbe, multa audater, multa perfidiose facta videtis ibi scelus latere"*. En nuestro caso, no puede atinarse con el objeto que tendrían los acusados para matar al joven, desde que los hechos han probado que los Yáñez no temían la presencia de Ureta, ni que él viese el estado del corto negocio de su padre. Todo estaba en prosperidad, y ya prácticamente se ha demostrado que los bienes de ellos alcanzaban y sobraban para responder de los cortos intereses que tenían de don Antonio Ureta. Es decir, que está plenamente justificado ser falsa la causa que ha expuesto el acusador como motivo que indujo a los Yáñez a dar muerte al joven Ureta; pero no sólo es preciso preguntar por qué le mataron, sino también porqué eligieron aquel género de muerte. ¿Porqué no clavaron un puñal en su pecho, antes que irle a sofocar con sus manos, y darle una muerte que podría engañar a los

28 L. 3, tít. 16, lib. 49, Dig.
29 L. 3, tít. 30, part. 7 y glos. 4.
30 L. 26, tít. 1, part. 7.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

mismos delincuentes, inusitada, lenta, y que un grito de la víctima publicaría? Ellos le invitaron para que viniese a la hierra lejos de temer que viese el desfalco supuesto de las 30 o 60 terneras que allí tenía su padre. Ellos disponían de su tiempo, de sus entretenimientos, y de sus placeres. Podían llevarle donde quisiesen. Había por lo tanto mil modos de ejecutar el crimen con menos responsabilidad. Algo más, ellos le atraían con su estimación y su cariño; le ensillaban su caballo, le acompañaban a todas partes y le hacían mil servicios propios del afecto que le profesaban. Si su presencia en la casa fue la causa de su muerte ¿le mostraron algún día disgusto porque viniese a ella? ¿No le llevaron de aquí a que pasase las vacaciones? ¿No le instaban cuando vivía en casa de Barroca, a que fuese a vivir a la de ellos? Si los Yáñez no hubiesen querido que viniese allí a enterarse de todo, podían hacerlo entender de mil maneras; pero que el primer acto sea una cruel muerte, es inverosímil, es imposible, porque así no se anda la carrera del crimen, ni así era preciso para ocultarle la supuesta pérdida del ganado y del negocio. ¿Por qué, pues, le mataron? Sería necesario suponer en ellos desde antes una criminalidad tan grande como la del delito mismo que se está inquiriendo. De otro modo es imposible contestar a una pregunta tan elocuente, y que ella solo hace la parte filosófica de la causa.

La falta de algún indicio positivo es también una fuerte presunción de la inculpabilidad de los reos. Que se registren los procesos de alguna entidad, tráigase a la memoria lo que todos los días vemos, una leve circunstancia, un olvido, una mancha de sangre, viene a descubrir a los jueces el secreto de un crimen. El hombre, apurado con la idea del delito, de la pena, y urgido también del tiempo como lo estaría Yáñez para ocultar el cadáver; rodeado de gente el día de la muerte, y mucho más el siguiente, no puede sin duda tomar todas las precauciones posibles para no ser descubierto de mil personas que le registran la casa; que le indagan de pormenores aún no imaginados; que de todo llevan cuenta y que todo lo hacen saber a jueces bien experimentados. Los acusados dan razón de todo el tiempo que pasó desde la desaparición de Ureta. No estuvieron solos ni cuando dormían. No han sido tomados en ninguna falsedad. No se ha encontrado en casa de ellos la menor señal del delito a pesar del mínimo y escrupuloso registro que hicieron más de cien personas. ¿Qué significa esta inexplicable singularidad? ¿Han de pasar en un momento de una vida honrada al más alto grado de perversidad, han de cometer sin causa y sin objeto el crimen más extraño y

más alevoso, con un inocente joven a quien momentos antes cuidaban como a un hijo? ¿Han de ser después tan impasibles que en una hora tomasen todas las cautelas necesarias para responder a mil interrogatorios, y para no dejar rastro alguno que siquiera dé indicidio contra ellos?

Al tercer día de la desaparición de Ureta son sacados de su casa. Allí queda su ropa; dejan también el cadáver oculto en otro lugar que el que se halló según lo cree el acusador; lo dejan todo en poder de los jueces y también de sus enemigos, y nada se encuentra, sin embargo, que indique el delito. Para eludir este poderoso argumento supone el acusador que Ureta fue ahogado por los Yáñez que, cayendo sobre él cuando dormía, le sofocaron con tal fuerza, que una corbata se encontró con agujeros hechos al parecer con los dedos. Pero se ha probado que ésto es enteramente falso por la relación de la ropa del joven, y por la ninguna fe que merece la mujer autora de este cuento tomada mil veces en iguales falsedades.

Le ha sido preciso al acusador crear un crimen extraordinario tan sólo para explicar una circunstancia negativa a la falta de sangre en la ropa de la cama, o en el cuarto donde dormía Ureta. El poncho, las espuelas y una pistola son los únicos objetos escapados a la previsión de los delincuentes; pero esta falta misma del poncho y de las espuelas prueba que los Yáñez no le mataron, o a lo menos no prueban nada; pues quien cuidó de transportar todo, y el cadáver mismo, con el designio de hacer creer que Ureta hubiese salido, no se habría olvidado del poncho y de las espuelas, cuando es lo primero de que se acordaría un hombre de campo.

Debo dejar otros muchos hechos que justifican la inocencia de los acusados, por no repetir lo que en otra ocasión se ha alegado; pero si Vuestra Excelencia se sirve comparar los que he expuesto, y los demás que constan de autos, con los que sirven para sostener la acusación, hallará contrapuesta una prueba perfecta de testigos a otra débil y que nada concluye; a una presunción leve, una presunción grave; a una presunción general, una presunción especial; a una presunción accidental, una presunción natural; una presunción afirmativa a una negativa; la que destruye el crimen contra la que le establece.

En su valor legal, las pruebas dadas por los reos acaban completamente con las dadas por el acusador; pues las presunciones aunque sean de ley, admiten prueba en contra y los indi-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cios y presunciones pueden formarla.[31] Las presunciones, aunque sean violentas y originadas de una relación necesaria con los hechos, pueden ser destruidas con otras presunciones que no sean del mismo género[32], pues que un indicio grave puede manifestar la no existencia de esa aparente conexión en las cosas que quieren unirse. Las presunciones favorables a los acusados, las que destruyen el crimen, son de más lata interpretación que las que les son contrarias y que suponen el delito.[33] Lo habré de decir de una vez. Aún en igualdad de pruebas o de indicios deben los reos ser absueltos.[34] Digo más, aún cuando el acusador haya dado algunas pruebas de su acción, siempre que ellas no sean completas y acabadas, el reo debe también ser absuelto. "E si las pruebas que fueren dadas contra el acusado non dijeren e testiguaren claramente el yerro sobre que es fecha la acusación... debelo el Juzgador quitar por sentencia".[35] Cito, Señor, las palabras de una ley que siempre se ha hecho oír con suceso en este mismo tribunal.

La fuerza de estos principios y de estas terminantes disposiciones obliga al acusador de los Yáñez a ocurrir a las doctrinas de algunos doctores, que cuidándose de castigar todos los delitos, aunque no castiguen a los delincuentes; autorizan a los jueces para graduar las penas contra todos los principios del derecho, no por el delito sino por la importancia de las pruebas producidas. Dicen ellos que no estando probada la acusación en los términos que la ley lo exige, pueden los tribunales imponer menores penas que la ordinaria; y ésto se pide en último caso para los Yáñez. Yo podría contestarles que los jurisconsultos y magistrados de una Nación bien ilustrada, lejos de dar a los jueces esta facultad arbitraria sobre la suerte de los hombres, arbitraria digo, desde que no es graduada por la ley, en su principio y en su fin, juzgan que es un mal de la mayor importancia el empeño de los tribunales en castigar todos los delitos.[36] Basta que una fatal suerte imponga la pena del derecho a un pequeño número de delincuentes para conseguir el objeto de las leyes penales. Podría contestarles que éste es también el espíritu de nuestro código que no castiga sino cuando es indudable el delito y el delincuente y cuando hay que evitar el mal de que un criminal goce en la

31 Glos. 7, a la L. 115, tít. 18, part. 3.
32 Glos. 3, a la L. 46, tít. 5, part. 5.
33 MERLIN, Repert. verb. presum.
34 L. 40, tít. 16, part. 3.
35 L. 26, tít. 1, part. 7.
36 Cottu. just. crim. d'Angl.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

sociedad una impunidad manifiesta. Podría contestarles que semejantes doctrinas pueden mil veces extraviar a los jueces y hacer que lleguen a castigar a muchos inocentes; que los hace legisladores sobre la ley misma y ejecutores de un derecho que es preciso retrotraer al tiempo del delito. Podría contestarles que el camino que señalan las leyes es cierto y digno de la gran prudencia que supone en los hombres que están escogidos para juzgar de la vida de los demás; que la ley pone un límite fijo a sus conocimientos, que es preciso pararse allí, respetarlo y acordarse también que son hombres. Podría contestarles con el chanciller d'Aguesseau que esta costumbre es un abuso que no puede tolerarse.[37] Podría contestarles con la autoridad de otros doctores que se han levantado contra una práctica tan ilegal; pero estoy obligado a tomar los extremos de las cosas si se me arguye con ellos, y a responder directamente a todos los argumentos del acusador. Señor, la práctica que se cita tiene lugar en casos muy diversos. Preguntan los Doctores a qué se refiere la parte contraria, si habiendo muchos indicios graves contra el acusado, o si habiendo un testigo de vista que concurra con otros indicios, podrán los tribunales condenar al reo a otra pena menor que la ordinaria. Resuelven que sí. Mas en nuestro caso no hay semiplena prueba del delito, no hay testigo de vista, no hay presunciones graves, sí fuertes motivos para juzgar inocentes a los procesados.

Si no basta ésto, que me sirva entonces otra práctica tan autorizada como la anterior. Cuando solo hay indicios o presunciones contra los acusados, acostumbran los tribunales absolver al reo de la instancia dejando la causa abierta. Mil resoluciones de Vuestra Excelencia así lo han ordenado en casos más dudosos que el presente. ¿Por qué, pues, no tomar este camino, cuando todas las circunstancias del hecho sólo hacen ver un arcano que no se dirá comprendido, porque se haya castigado a dos hombres? Este medio coarta al arbitrio siempre odioso para los mismos jueces de imponer penas que no han impuesto las leyes. Los mantendría en los deberes más sagrados y más fáciles de cumplir que les ha impuesto el derecho: de mirar en la persona del acusado la cosa más noble del mundo[38]; de poner guarda muy afincadamente que las pruebas sean leales, e verdaderas, e sin ninguna sospecha[39]; de ser siempre piadosos e mesurados, e deberles más

37 Carta de 4 de Enero de 1739.
38 L. 26, tít. 1., part. 7.
39 L. cit.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

placer de quitar e aliviar al demandado que condenarlo o agraviarlo[40]; de catar antes que den las penas a los acusados, e escodriñar muy acuciosamente el yerro sobre que le mandan dar.[41] Satisfaría también los derechos de acusador, y dejaría a éstos miserables reos siquiera un consuelo negativo.

Pero si el destino ha entregado estos hombres al albedrío del Tribunal, si son vanos los empeños de sus defensores para librarlos de un castigo, ruego entonces a los Señores Ministros que separen por un momento su vista del proceso, y la conviertan al calabozo, donde por espacio de cuatro años han estado sepultados estos infelices. No pienso, Señor, hacer escuchar una inútil e incómoda plegaria, sino pedir a Vuestra Excelencia el cumplimiento de un deber en el caso presente. Para la imposición de las penas deben los jueces atender al mayor o menor tiempo de encarcelamiento de los acusados. *Si diutino tempore*, dice una ley del Digesto, *aliquis in reatu fuerit aliquatenus poena ejus sublevanda erit.*[42] Cierta consideración se contrae al destierro a que son condenados los reos por la sentencia de vista, entonces tiene una aplicación necesaria. El Código Romano, después de mandar que el tiempo que los reos hubiesen estado presos se cuente en el de destierro a que fueron condenados: *Sit satis*, dice, *inmensorum cruciatuum semel luisse suplicia, nec qui diu privati sunt aurae communis habitus etiam exilipoenam sustinere compellantur.*[43] Los D. D. de nuestro derecho uniformemente aseguran ser ésta la práctica de los Tribunales[44]; y es conforme también al espíritu de piedad tantas veces encargado por las leyes: "Ca como quier que la Justicia es mui buena cosa en sí, con todo eso facere muy cruel cuando a las vegadas no es templada con misericordia".

40 L. 17, tít. 22, part. 3.
41 L. 1, tít. 31, part. 7.
42 L. 25, tít. 19, lib. 48.
43 L. 23, Cód. de poenis.
44 MATEU, De re crim. controv. 67, GUAZIN, Def. reor. Cap. 4, GREG. LOPEZ glos. 4. a la L. 2, tít. 28, part. 7.
45 L. 2, tít. 10, part. 2.

XV

CAUSA DE D. JOSE OLAGUER FELIU CON D. JUAN DE ALMAGRO *

[SOBRE PAGO DE ARRENDAMIENTOS]

Informe ante la Cámara.

Los hechos de esta causa se expresan al principio de este informe.

* * *

Excelentísimo Señor

Don José Olaguer Feliú había estado muchos años arrendando a don Juan Almagro el terreno en que está construído el teatro por la cantidad de doscientos cincuenta pesos mensuales. Muy distante de persuadirse que aquel costo y limitado terreno pudiese valer mayor alquiler, abonaba solo aquella cantidad porque así lo había ordenado Vuestra Excelencia en otra ocasión. El propietario al parecer estaba muy conforme con obtener por alquileres más de un 20 por ciento del principal que podría valer. Todos los meses había dado el recibo correspondiente del arrendamiento y no había resistido en modo alguno aquellos pagos, cuando repentinamente con el objeto de conseguir el desalojo, pone demanda contra Olaguer para que por los alquileres vencidos, y los que en lo sucesivo corrieren, se le abonen 250 pesos plata, es decir, 1.700 pesos moneda corriente. El doctor Almagro no alegando sino una omisión en el ejercicio de sus derechos, pensando tal vez que obtendría un completo triunfo cuando solo los arrendamientos futuros se le pagasen en plata, ha visto realizado un sueño, y hecho efectivo un pensamiento que tal vez no se atrevió a concebir. Olaguer es condenado a pagar más de 80.000 pesos de alquileres atrasados, y a ver así desaparecer su fortuna por una deuda que ignoraba, que nunca hubiera contraído, y cuando tenía en su poder porción de documentos que demostraban estar satisfecha la obligación que como inquilino reconocía. El, sin embargo, espera que haciendo presente a Vuestra Excelencia los claros e incontestables derechos que le asisten ob-

* Fue publicada bajo el título *Informe en defensa de los derechos de José Olaguer Feliu en el pleito que sigue con Juan de Almagro pronunciado ante la Excma. Cámara por el Dr. D. Dalmacio Vélez.* Buenos Aires, Imprenta Argentina, s/f.

Biblioteca del Gioja. UBA académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

tendrá la reforma del auto suplicado. Yo voy a hacerlo creyendo que muy pocas consideraciones legales serán suficientes para convencer de la poca razón del Dr. Almagro para pedir el pago de los arrendamientos de otro modo que el de que se le ha pagado hasta ahora.

Olaguer no ha sido demandado como deudor moroso: jamás había retenido los pagos; no había dado el menor motivo para que no se le cobrase lo que el Dr. Almagro juzgase que le debía; no mediaba entre ellos la menor relación; el dueño del terreno por sus circunstancias, y como él lo ha dicho, necesitaba con urgencia el alquiler que dejaba sin percibir; el inquilino por otra parte podía satisfacerlo; el arrendamiento según el Dr. Almagro estaba fijado por una sentencia definitiva pasada en cosa juzgada; su derecho por lo tanto era de fácil ejecución; la moneda en que se hacían los pagos decrecía a cada instante; cada año, cada mes se hacía una alteración en el valor del alquiler que el dueño del terreno creía debérsele; cada pago le advertía del notable perjuicio que se le infería. ¿Porqué pues, en un negocio de esta clase habría el Dr. Almagro guardado un perpetuo silencio por tantos años, y dádose por pagado de los arrendamientos que ahora cobra? ¿Puede creerse que cuando según su cuenta Olaguer le debía 30, 40 ó 60 mil pesos, el que al mismo tiempo le movía otros pleitos no le dijese cosa alguna sobre esta deuda que a pasos largos se aumentaba ignorándolo el inquilino? ¿Se habría expuesto el Dr. Almagro pudiendo cobrar mensualmente, pudiendo pedir el pago de 20.000 pesos por ejemplo, por arrendamientos atrasados, se habría expuesto digo a la ventura de un suceso que acabase la vida o la responsabilidad del deudor, esperando solo a que el crédito ascendiese a 80.000? ¿Serían inatendibles para la escasa fortuna del acreedor los considerables intereses que podía obtener del capital que dejaba en poder de Olaguer? ¿Era éste un favor a quien no se lo pedía, o solo un descuido en utilizar otro tanto o más por intereses que lo que por alquileres le rendía el terreno? Sobre todo, si el Dr. Almagro tenía un derecho constituído para que se le abonasen mensualmente 250 pesos plata como se lo ha declarado la sentencia suplicada ¿por qué no pidió la ejecución de él y entró en un pleito ordinario para que se le acordase de nuevo? Estos hechos, estas omisiones tan elocuentes, este transcurso de tantos años, toda la demanda, Señor, dice a lo menos que cualquiera duda que resulte en los derechos de ambas partes debe ser favorable al demandado porque crea para él una obligación contraria a la posesión en que estaba de pagar los arrendamientos en moneda corriente; y porqué el no ejercicio de las acciones de Almagro había impedido que Olaguer usase también a su tiempo de otros derechos que le daban las leyes para librarse del gravamen de un inmoderado arrendamiento. Cualquiera duda, repito, debe interpretarse por los hechos de las partes en la ejecución del contrato, porque se presume que los actos de los contratantes eran conformes a los derechos que les daban los pactos que hubiesen celebrado "*Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus,* decía el derecho romano, *id sequimur actum est*".[1] Debe interpretarse contra el demandante, que quiere crearse un derecho que hasta ahora había ejercido. Debe interpretarse a favor del demandado cuya condición es siempre mejor que el juicio. Debe interpretarse por la más exigua cantidad. *Semper in obscuris minimum est, sequimur*" dice un principio de derecho.[2] Debe interpretarse que la obligación ha sido contraída en la moneda de menos valor cuando a un tiempo corren varias.[3] Debe, por fin interpretarse según lo manda el derecho[4] contra el locador, contra aquél que pudo dar la ley al contrato, y otras según los derechos que creía tener.

La posesión en que ha estado Olaguer de pagar en moneda corriente los alquileres del terreno es un título muy poderoso, sino para conservarlo en ella, a lo menos para retrotraer la sentencia a los arrendamientos vencidos. Si así no fuese, su condición sería igual a la del deudor moroso, a la del deudor de mala fe que hubiese resistido el pago. Podrían entonces los dueños de los edificios crearse por el error ajeno un arrendamiento que no valiese la cosa, engañar al inquilino con los percibos mensuales de menores cantidades, y sorprenderlo, pasados algunos años, cuando ya no hubiese remedio para librarse del error propio o de la arbitrariedad del dueño.

Las tres sentencias que en la causa se han pronunciado dicen por sí, que aun no había un derecho constituído, ni menos una acción clara que pudiese traer la condenación de los arrendamientos aún anteriores a la demanda. El Juez de primera instancia los manda pagar en puro metálico; la Alzada de Provincia en moneda corriente como hasta entonces se habían pagado, y Vuestra Excelencia ordena que se abonen mitad plata y mitad papel. Esta variedad en los juicios ¿no está diciendo que nada había cierto hasta que la autoridad de las sentencias crease otros

1 L. 34, tít. 17, lib. 5, Dig.
2 L. 9, Dig. de Reg. Jur.
3 L. 5, tít. 33, part. 7.
4 L. 2, tít. 23, part. 7 y L. 29, Dig. de pactis.

Biblioteca del Gioja. UBA académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

derechos que aquéllos que hasta ahora se habían reconocido? Cualquiera que sea la resolución sobre la acción del Dr. Almagro para ser pagado del alto arrendamiento que demanda a Olaguer, a lo menos, no se le podrá decir que ha ocupado el terreno bajo un arrendamiento, y que ha pagado otro; no se le podrá arguir del conocimiento de su obligación; no podrá decirse que ya había un derecho adquirido por el Señor del suelo. El menos imparcial juzgará que en este pleito hay mil motivos de duda para creer al uno como a un inocente menor a quien se le pagan cinco en lugar de diez, y condenar al otro a que satisfaga unos alquileres que nadie hubiera pagado. El más privilegiado en el derecho no tendría una acción restitutoria semejante a la que se le da a Almagro, sino cuando positivamente hubiese probado un perjuicio considerable en el arrendamiento recibido, comparado con el que debía pagársele atendido el mérito de la cosa arrendada, o cuando existiesen pruebas terminantes de una obligación contraída o impuesta al inquilino que no hubiese satisfecho en su totalidad; pero lejos de haber duda alguna en la justicia de cada parte, lejos de existir una positiva demostración de los derechos que cobra el Dr. Almagro para poder venir contra sus actos mismos, voy a hacer ver que el origen y época de la obligación de Olaguer, que él toma como el único fundamento de su demanda, autorizaba completamente al inquilino para pagarle los arrendamientos en moneda corriente.

La sentencia suplicada se apoya en la Ley de la Provincia que manda pagar mitad plata y mitad papel las obligaciones contraídas antes del 9 de Enero de 1826. Veremos pues si antes del 9 de Enero ya Olaguer tenía obligación de satisfacer 250 pesos por alquiler del terreno.

En Marzo de 1825 don Juan Antonio Pereira dueño entonces del terreno del teatro demandó a la sociedad que tenía allí puesto su establecimiento para que le pagase 250 pesos mensuales por alquileres. El Juez de primera instancia lo mandó así. Traída la causa al Superior Tribunal en Octubre del mismo año Vuestra Excelencia llevando a efecto lo que las leyes mandan respecto a los arrendamientos, ordenó que se pagase lo que regulasen los peritos que las partes nombraran. Suplicada esta sentencia se confirmó en 23 de Enero de 1826. La tasación se hizo en Agosto de aquel año. Aquí entra la cuestión. Habiendo habido una nueva ley que regla el pago de las obligaciones desde el 9 de Enero de 1826, la de pagar 250 pesos mensuales impuesta al inquilino es anterior a aquella fecha para juzgarla comprendida entre las que se deben pagar mitad en moneda corriente y mitad en metálico. Antes de entrar en este fácil examen yo diré que en ninguna manera es aplicable la ley de la Provincia a obligaciones del género de la que motiva este pleito. La ley de Abril mandó pagar mitad plata y mitad papel aquellas obligaciones ya contraídas antes del 9 de Enero de 1826, y no las que tienen un tracto sucesivo que las forma en cada mes o en cada año. El banco de descuentos suspendió en aquel día sus pagos en metálico, y los particulares que por la ley fueron privados de exigir al banco la conversión de sus notas en la especie que prometía, se encontraron con unos billetes o pagarés de inferior valor que la moneda a que ellos se habían obligado en sus transacciones. No se juzgó conveniente darles las esperas que se dieron al deudor principal, y se tomó con la ley de Abril una medida de transacción, por la que si no se hacían las notas del banco de igual valor al metálico podían a lo menos satisfacer sus obligaciones con menos cantidad de ellas. Es claro que esta ley fue acordada para no aumentar los perjuicios de los tenedores de billetes del banco, imposibilitados de cobrar las promesas de aquel establecimiento. Pero al que hasta entonces nada había recibido, el que no tenía una obligación constituída en aquella fecha que pudiese ser pagada en notas de banco, el que aún no era acreedor, el que por el carácter de su contrato no recibía perjuicio alguno, el que podía darle nuevo ser, el que era facultado para arreglar el producto de sus capitales según quisiere, o le permitiese el mercado, éste no era comprendido en la ley de la Provincia y podía por otras leyes dirigir sus actos.

No quiero decir con ésto que el que hubiese celebrado un arrendamiento antes del 9 de Enero de 1826 por un tiempo determinado, no deba pagar mitad plata y mitad papel. No es éste el caso de la cuestión. Digo sí, que cuando no hay tiempo designado para la duración del contrato, que cuando el dueño está en libertad de subir el arrendamiento o de desalojar al inquilino, y éste también con el poder de salir cuando quiera, entonces no hay un derecho adquirido sobre los alquileres futuros, no hay razón para juzgarlos comprendidos en una ley que habla de las obligaciones ya contraídas a la fecha del 9 de Enero. Esto, Señor, no puede contestarse desde que se confiese que Olaguer podía dejar de ser inquilino de Almagro cuando quisiese. Los legisladores de la ley de Abril estuvieron muy distantes de aumentar los arrendamientos que no estaban sujetos a contratas de tiempo determinado, porque todavía no formaban un crédito que pudiese demandarse. Estando facultado cada uno por una ley anterior de la Provincia para pedir lo que quisiese

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

por el uso de sus cosas, quedó esta clase de obligaciones, sujeta a las disposiciones generales. El que no hizo variación en el arrendamiento de su finca, no usó del único derecho que podía ejercer. No había para los dueños de los edificios una acción de pedir mitad plata y mitad papel, y una obligación en el inquilino de seguir pagando el arrendamiento bajo de esta computación. Los propietarios solo tienen un derecho muy distinto, el de subir los alquileres de sus casas, no según la ley de 30. de Abril, y a que precisamente se les pagase mitad plata y mitad papel el arrendamiento que se les había estado pagando; sino mas o menos según las necesidades del Pueblo, y los contratos que celebraren. En todo caso, debían avisarlo al inquilino, para que o desalojase o estuviese a la ley que le imponía el propietario. De otro modo, por el derecho se entiende subsistir la misma estipulación bajo la cual entró a ocuparse la finca y que el primer día que se permita seguir teniéndola es bajo el arrendamiento últimamente pagado. Concederé, Señor, que el que hubiese hecho antes del 9 de Enero un arrendamiento, por muchos años, pueda ser obligado a satisfacer el contrato pagando la mitad plata y mitad papel. Muy luego demostraré las excepciones que podría oponer a una obligación semejante. Pero el que no tiene tiempo designado, y sigue ocupando la finca en la inteligencia de pagar lo que hasta entonces pagaba, podrá ser arrojado, mas no ejecutado a cumplir un contrato como si desde el principio se hubiese comprometido bajo una obligación de plazo fijo. El sucesivo consentimiento del dueño y del inquilino forma el único contrato a que debe atenderse un arrendamiento sin días determinados. Este hace una ley superior a cualquiera otra, porque aunque hubiese derecho a pedir más, este derecho no se ha adquirido ni se ha hecho efectivo hasta que en él no consienta el inquilino. Luego, aunque el terreno del Dr. Almagro hubiese estado ocupado antes del 9 de Enero de 1826, no teniendo el arrendamiento en tiempo determinado, los alquileres posteriores no deben pagarse mitad plata y mitad papel, como se pagan las obligaciones que en aquellos tiempos estuviesen ya contraídas.

Entraré, Señor, ahora a ver el principio de la obligación de pagar 250 pesos por el alquiler del terreno para averiguar en qué clase de moneda debe ejecutarse el pago. Dije ya que la demanda se puso en el año de 1825, y que en 23 de Enero de 1826 Vuestra Excelencia sentenció que se pagase lo que fuese regulado por peritos. Por lo tanto si el Dr. Almagro hace nacer su derecho desde la conclusión del pleito, es entonces posterior al 9 de Enero de 1826. Por otra parte dicho auto definitivo lejos de

tener alguna conexión con la fecha de la demanda, se refiere a un hecho posterior a ella misma que manda practicar para determinar el arrendamiento. Vuestra Excelencia no ordenó que se pagasen 250 pesos mensuales, sino lo que se regulase por peritos; y es sabido que las obligaciones que se refieren al juicio de un tercero toman su principio cuando éste hace la designación, y no a la fecha del compromiso. Ticio, por ejemplo, vende a Sempronio una casa por el precio que después se estime; un contrato semejante aun no produce obligación alguna. Hácese la venta por lo que se declarase justo; tampoco subsiste el contrato de compra, porque aún es incierto el precio. La ley solo le da efecto a la obligación, cuando los contratantes se refieren al arbitrio de cierta y determinada persona, y ésta designa la cantidad que se ha puesto a su juicio.[5] Estos principios no solo son los del contrato de compra venta, sino también, que rigen en los arrendamientos, y en todas las obligaciones que producen una acción personal. *Quod jus,* dice el Emperador Justiniano, *cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum et in locationibus et in conditionibus tradere.*[6] Así es que aquéllo es una determinación expresa en el título de la locación y conducción.[7] El comentador de las instituciones[8] llegó hasta poner nuestro mismo caso. ¿Existe el contrato, pregunta, cuando el precio o la merced se ha referido a lo que regulen los dos peritos nombrados por las partes? Resuelve la negativa por los mismos principios que determinan la certeza del precio o de la merced; por lo tanto la obligación de Olaguer de pagar 250 pesos por el alquiler del terreno principia desde el día que se hizo la regulación por los peritos; desde Agosto de 1826, y debe ser satisfecha en moneda corriente, como posterior al 9. de Enero, aún suponiendo que los arrendamientos sin término hubieran podido ser objetos de la ley de la Provincia.

La conducta observada por el Dr. Almagro muestra del modo más positivo que él se creía, con solo el derecho de recibir 250 pesos moneda corriente por el alquiler de su terreno. Aprobada por Vuestra Excelencia la regulación de los peritos de que antes he hablado, el demandante principió a ejecutar por los meses vencidos, y en Enero de 1827 se recibió Pereira, antecesor de Almagro, de los alquileres que se le debían. Se le pagaron judicialmente en moneda corriente, sin que él en manera alguna

5 L. 9, tít. 5, part. 5.
6 Inst., lib. 3, tít. 24, § 1.
7 Lib. 3, tít. 25, § 1.
8 Vin. al § 1, núm. 4, lib. 3, tít. 24.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

contradijese esta clase de pagos, y sin que se reservase derecho alguno. Ya entonces era muy notable la diferencia del valor de la plata respecto a las notas del banco. Las onzas valían 50 pesos y no le hubiera sido indiferente al que había seguido el pleito con tanto empeño recibir uno en lugar de tres, si se hubiese creído con derecho a ser pagado en especies metálicas. El Dr. Almagro, sucediendo en los derechos de Pereira no tiene otros que aquéllos que este individuo reconocía y que en el juicio fueron declarados y ejecutados. Pero aún más, Olaguer siguió pagando al mismo Almagro en moneda corriente los alquileres del terreno hasta mediados del año 33 en que comenzó este pleito, y el dueño del suelo le daba mensualmente recibos, expresando qu había recibido los 250 pesos correspondientes al alquiler de tal mes. No averiguemos por ahora las consecuencias legales de tales actos y de tales documentos. ¿Le era lícito al Dr. Almagro, si creía que se le debía pagar en plata, estar así por tantos años engañando al inquilino, o si se quiere manteniéndolo en un error, para pedirle cuando él lo juzgase conveniente 70 u 80 mil pesos de arrendamientos atrasados? Si al principio él hubiese expuesto sus derechos, si entonces hubiera obtenido las sentencias que ahora han condenado a Olaguer, podría éste o haberle comprado el terreno, o habérselo desocupado o pedido la reducción a una tasa más moderada, y en fin lo que se ve indudable era que Olaguer no hubiera consentido jamás en satisfacer alquileres tan inmoderados. Cuando la conducta toda del dueño del suelo ha sido en confirmación de lo que el inquilino debía creer; en confirmación de los documentos que le había otorgado; en confirmación de lo que en juicio se había ejecutado con su antecesor, podrá tener si quiere, el que así procede derecho a pedir que en adelante se le paguen en plata los arrendamientos; pero jamás será lícito que él haya puesto una acechanza para que el inquilino siga ocupando el terreno y no le reclame del fuerte alquiler que en algún día pensaba hacerle pagar. Esto, Señor, aunque hubiese un derecho constituído es sorprender a los hombres y hacer valer las cautelas y las acciones propias para adquirir lo que no se hubiera obtenido procediendo francamente. Los Códigos nos hacen ver en este caso cuáles sean las excepciones del deudor. Aparece por ejemplo un contrato en que alguno se ha obligado a pagar el 10 por ciento al año del dinero que se le presta: si el deudor prueba que por algunos años ha pagado menores réditos, no puede ser obligado a satisfacer los que aparecían estipulados: "*Adversus creditorem usuras majores ex stipulatu petentem*, dice una ley romana, *si probetur per certos annos minores postea consequtus, utilis est pacti exeptio*[9] porque los hechos de los contratantes en ejecución del contrato lo explican, lo alteran, y hacen producir una convención tácita de mayor fuerza que lo que resulta de lo escrito o estipulado.

Pero no es ésto sólo: supondré que el arrendamiento se hubiese constituido por tiempo determinado y en moneda metálica. Habiendo sobrevenido una alteración tan considerable en las especies de plata; habiendo tomado la moneda metálica un valor mucho más alto, si se atiende al mayor número de cosas que con ella pueden comprarse, ha podido Olaguer pedir la rescisión del contrato que le obligaba a pagar 250 pesos en plata por la lesión enorme que le habrían traído las causas sobrevinientes al principio de la obligación. Yo sé que generalmente hablando de la lesión debe considerarse al tiempo del contrato, y que la que nazca de un futuro evento no da ni a los menores una causa de restitución; pero ésto es en los contratos perfectos y consumados, y no en aquéllos que tienen un tracto sucesivo y cuya ejecución, como en los arrendamientos se refiere a un tiempo futuro. En los de esta clase se entiende al día del implemento del contrato para juzgar si hay o no en él una lesión que dé una acción rescisoria. Esto es conforme a las leyes sobre arrendamientos y es tenido entre los doctores como doctrina corriente[10] Olaguer, pues, si hubiese creído que debía pagar el crecido alquiler que ahora se le demanda, podía haber pedido rescisión del contrato, o que la sentencia se arreglase según las alteraciones de la moneda. El Dr. Almagro no ha podido quitarle con sus hechos, con sus omisiones, con sus recibos, una facultad tan justa y racional, y de la que sin duda hubiera usado cuando no tuviese otro medio, aunque en la sentencia de 1826 se le hubiese condenado a pagar en metálico y aunque efectivamente hubiese estado así pagando los alquileres. Debe pues, también considerarse que Olaguer tenía derechos adquiridos que su adversario quiere quitarle quitándole las primeras acciones que aún hubiera podido ejercer contra el contrato más solemne.

Sobre todo, Señor, el Dr. Almagro está ya pagado de los arrendamientos con las cantidades que ha recibido, y no puede venir contra su misma confesión. Los recibos, o apocas que se dan por los arrendamientos, pueden estar concebidos expresando la causa de la deuda sin determinar la suma pagada, o pueden anunciar lo uno y lo otro. Si el recibo no anuncia sino la causa

9 L. 5, tít. 32, lib. 5 Cód.
10 LARREA, Deus. 79 per totum.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de la deuda sin expresar la cantidad pagada, dice un gran jurisconsulto [11] él hace plena fe del pago de todo lo que era debido anteriormente por la misma causa. Así, si el Dr. Almagro hubiese otorgado los recibos diciendo: Don José Olaguer me ha pagado el alquiler del terreno correspondiente al año de 1830, por ejemplo, ya no podría entonces entablar acción alguna alegando que lo entregado era menos que lo que se le debía; porque la liberación se encontraba probada con su propia confesión, contra la cual son muy limitadas y de corto tiempo las excepciones que el derecho permite deducir. Cuando el recibo, continúa el autor citado, expresa la suma pagada y la causa de la deuda, y ésta proviene de alquileres, o arrendamientos, él prueba igualmente la completa solución. Sólo aquél a quien la ley le da el beneficio de restitución podría alegar un perjuicio en la solución, cuando probase que se había engañado al dar el recibo, o cuando positivamente se le debiese mayor suma, que alguna vez la hubiera pagado el deudor; y sin causa alguna sobreviniente o valido de su ignorancia le hubiese arrancado un recibo de una cantidad que no correspondiese a la que se le debía por la causa que en la obligación se encontraba expresada.

Los recibos, pues, presentados por Olaguer constituyen la más completa liberación de la deuda provenientes de los arrendamientos del terreno. Ellos tienen expresada la causa y la cantidad, y ésta corresponde a la que se designa en la regulación de los peritos; han sido dados con el objeto de probar el pago; son uniformes e iguales desde el principio del arrendamiento; nunca Almagro se ha resistido a otorgarlos; nadie lo ha engañado, ni él alega un motivo que siquiera en apariencia justificase la acción restitutoria que de hecho se le ha concedido; de documentos semejantes las leyes han hecho una plena prueba, no como de la simple confesión del señor del suelo, sino como de la escritura que debe hacerse de los percibos anuales, o mensuales.[12] Es el documento clásico y único que la ley ha creado para probar la solución. Así se encuentra establecido desde la más remota legislación. [13] El acreedor no puede usar contra él ni de una acción supletoria ni valerse de la excepción *non numerata pecunia*.[14] A fin de dar a los inquilinos un resguardo de los pagos que hicieren, el derecho en materia de arrendamiento ha limitado la excepción de dinero no entregado al solo término de 30 días,

11 MERLIN, reb. verb. quitance.
12 CUJACIO a la L. 19, tít. 3, lib. 4, Cód. y L. últ., si certum petatur.
13 L. cit.
14 L. 14, tít. 30, lib. 4, Cód.

pasados los cuales la apoca hace una prueba completa de la liberación sin que pueda sufrir excepción alguna.[15] La razón está en los primeros principios de la jurisprudencia, *quia plus fabemus liberationibus quam solutionibus* según la expresión de Cujacio.[16] Aquellos mismos documentos presentados por Olaguer y reconocidos por Almagro, si hubieran sido dados para contraer una obligación harían prueba completa para el actor [17] con mayor razón deben hacerla para demostrar la liberación porque las que tienen este objeto son más extensas, más presumibles, y de más lata interpretación que las que van a demostrar una obligación. Para juzgar a un hombre obligado a dar o hacer cierta cosa, son precisos hechos anteriores o testigos incontestables a los reconocimientos de la parte; pero para juzgar si ha pagado lo que debía, es bastante tal vez la conducta observada por el acreedor, los hechos negativos y las inducciones que puedan deducirse de los actos del deudor. Mucho más cuando contra las pruebas de la liberación no se pone la existencia de un instrumento obligatorio y lejos de ésto se presentan los que el derecho ha creado para justificarla. Podría citar mil hechos designados en las leyes como inductivos de presunciones suficientes para determinar la liberación de una deuda y aún el desistimiento de una acción; cuando por el contrario, para probar las obligaciones no hay sino ciertos y expresos medios que el derecho ha creado. Si el padre por ejemplo deja al hijo por legado lo que debía dejarle por legítima, la ley le da el derecho de quebrantar el testamento por la querella de inoficioso, pero agrega: "Esto se entiende si el fijo non recibiese aquella parte que le era mandada. Ca si la recibiese e non la protestase, diciendo que la fincase en salvo la querella que había de tal testamento, no podría después quebrantarlo".[18] Si Juan acredor de Antonio, de una suma que debe intereses recibe el principal sin decir cosa alguna de los réditos, manda la ley que en adelante ya no pueda cobrarlos aunque pruebe que se le debían. "Pero si aquel a quien fué hecha la promisión, recibiese de su voluntad del otro, lo que había prometido de dar o de facer; e entonces no le demandase los daños, nin los menoscabos, nin la pena que fuese puesta, nin ficiese en miente de ninguna de estas cosas; dende en adelante non gelas podría demandar".[19] Estos y otros actos por los que

15 Cuj. a la L. cit.
16 Comt. a la L. cit.
17 L. 5, tít. 21, lib. 4, R.
18 L. 5, tít. 8, part 6.
19 L. 8, tít. 11, part 5.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

se induce, o prueba la tácita remisión, o la liberación de la deuda son menos ciertos en sí que los hechos del Dr. Almagro expresando estar pagado de los arrendamientos que cobra. Si se tratase de una obligación que el libre consentimiento hubiera creado, si ella se presentase conforme a la justicia, y si la parte que demanda su cumplimiento en juicio pidiese el pago de lo que civil y naturalmente se le debía, entonces bastarían las pruebas generales de los contratos, podría no exigirse una demostración acabada del derecho del actor; pero cuando un litigante se presenta pidiendo el cumplimiento de una obligación la más exagerada, cuando exige lo que equitativamente no se le debe, cuando con la demanda sorprende a su adversario y quiere arrancarle la posesión en que ha estado en el modo de pagar una deuda que mensualmente nacía y cuando solo se le alega una obligación meramente civil, que se dice nacida de una sentencia, pero no de un contrato, entonces las pruebas de ella, o del hecho que le ha dado ser deben ser estrictas, concluyentes y muy superiores a las que en contra produzca demandando. Los hechos que vengan a destruirla se unen a la inverosimilitud del contrato, a la poca razón que en él se encuentra, a la mejor condición del que sólo trata de evitar un daño, y aunque sean por sí débiles toman su fuerza de lo que regularmente sucede y de la justa presunción, que nadie, conociéndolo, consiente en un deber gravoso y del cual ha podido fácilmente librarse. En el caso de la cuestión, Señor, no solo se oponen a las pruebas de la obligación otras pruebas de la liberación más expresas, más contraídas y más indudables, sino que la obligación misma es el objeto del pleito; se niega por Olaguer su existencia con fundadísimas razones; jamás la ha reconocido, nunca ha principiado para él, y ya sin embargo sus efectos se extienden a tiempos anteriores a la sentencia que la realice.

Miremos la causa bajo otros aspectos. ¿Cómo podría el Dr. Almagro ejercer sus derechos como propietario, por los arrendamientos atrasados, cuando ya Olaguer está privado de los que más expresamente le concedían las leyes como inquilino? En la legislación española los alquileres de las casas cuando no estaban estipulados a tiempo cierto venían a ser un contrato que imponía al dueño la obligación de pasar por el alquiler del primer mes o año. La ley suponía que cada diez años podía variar el precio de las habitaciones, y le concedía al propietario y también al inquilino el derecho de tasa, con el fin que siempre se pagase

aquello solo que fuese justo.[20] A los inquilinos les otorgaba este derecho generalmente[21] o cada cuatro años según se presentasen las circunstancias.[22] Habiendo variación es el valor de las habitaciones podía cualquier inquilino conservar la posesión y pedir la tasa de los alquileres. Si Olaguer se hubiese visto obligado a pagar 250 pesos plata por el terreno que ocupa, podía en todos los años pasados haber pedido que se tasase el verdadero arrendamiento atendida la grandísima variedad que en los precios de las habitaciones y de todas las cosas ha traído la alteración de la moneda. Ahora ésto no puede ejecutarse sino respecto a los arrendamientos futuros, porque los hechos del Dr. Almagro no dieron lugar a pedir la tasa, ni hicieron ver ese derecho que tan cautelosamente se había reservado. ¿El será pues, el único que ha de librarse de todas las alteraciones de la moneda de esta inmensa revolución que ha comprendido y que era justo que comprendiese a todos? ¿Su terreno será un sagrado que no pueda participar del demérito que han sufrido en sus arrendamientos los mejores edificios del pueblo? ¿Y Olaguer será también el único inquilino exceptuado de la suerte de los demás y condenado a satisfacer lo que ni ahora diez años era justo que pagase, cuando después todo ha bajado respecto al dinero metálico? ¿Ni habrá podido, ni podrá ejercer el derecho de pagar lo que justamente deba? Ciertamente que Vuestra Excelencia no ordenará unos sacrificios semejantes por satisfacer las pretensiones de un hombre que tuvo en sus manos no dar origen a este pleito.

Que todo ésto nada valga, que todo esté destruido por los argumentos de la parte contraria; el Superior Tribunal me permitirá ver la causa como aún no se ha visto, y como no es dado dejar de verla. ¿El terreno del Dr. Almagro ha valido alguna vez, vale hoy mil pesos moneda corriente por alquileres mensuales? Este era el único derecho que deben alegar los hombres que no quieren sino lo que se les deba; pero el Dr. Almagro jamás ha dicho en todo este pleito, que su terreno pueda dar tales alquileres. Lo quiere hacer producir semejantes rentas, no por relación a su valor, no por lo que produzcan iguales capitales sino por una sentencia de ahora diez años que jamás dijo que se pagasen los arrendamientos en metálico. El Dr. Almagro sabe bien lo que le daría el terreno, y por ésto no se ocupa de examinar por esta parte la justicia de su solicitud. Las mejores casas del pueblo no ganan el alquiler que se le manda pagar a Olaguer

20 Auto acord. de 31 de Julio.
21 Auto 17, tít. 6, lib. 2, R.
22 Auto 5, tít. 15, lib. 3, R.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

por un sitio vacío y sin cerco. La casa de Aduana solo gana 1000 pesos mensuales de alquiler; el café inmediato al teatro con todos los altos, 500 pesos; la casa grande del finado Ugarte con sus almacenes, gana también 500. Podría citar las posesiones más valiosas inmediata al teatro que no dan el alquiler de mil pesos que se designa al terreno del Dr. Almagro. El solo tiene 20 varas de frente y 43 de fondo. Todo lo edificado y hasta las paredes en que está construido el teatro son de Olaguer. No hablo de los cuartos contiguos, porque éstos se hallan ya en poder de Almagro. ¿Habrá pues justicia para que Olaguer sea condenado a pagar por un terreno semejante lo que no ganan los más grandes edificios? Señálese un solo terreno vacío como el de Almagro que haya dado o dé 250 pesos de alquiler ni aún en moneda corriente. Si se atiende al valor, entonces se presenta aun más extraordinario el arrendamiento que se le fija. El terreno se avalúa por peritos en 12 mil pesos moneda corriente y en verdad que nada más puede valer. Almagro entonces cada año doblaría el capital con solo los alquileres. Pero él dice Señor, que su terreno ha sido ocupado por la fuerza, y que en casos semejantes se acostumbra mandar pagar mayores arrendamientos. ¿Quién le ha ocupado el terreno por fuerza? Cualquiera creería que siendo el dueño sin su voluntad se había trabajado allí el teatro; pero ésto es lo más falso que pudiera decirse. El teatro se trabajó el año de 1804, y la compra de Almagro fué en 1810, y ni aún se le otorgó escritura hasta 1827 porque no había pagado el precio. Olaguer sucedió en los derechos de una sociedad que había comprado al Gobierno todo lo edificado; el Dr. Almagro, pues, habiendo adquirido el dominio del terreno después de muchos años de haber allí el edificio del teatro no puede llamar forzada la ocupación sino en cuanto no se le deja libertad para que se apodere de todo por solo ser dueño del suelo.

Habiendo, Señor, probado que por los arrendamientos futuros del terreno no había una obligación contraída antes del 9 de Enero de 1826; estando completamente justificada la liberación de los arrendamientos, habiendo Olaguer podido usar de mil acciones para librarse de pagar los alquileres en los términos que se le piden, si el propietario no los hubiera recibido por muchos años en moneda corriente; y viéndose en fin que aquel sitio ni ha valido ni vale el alquiler de 1000 pesos mensuales que se mandan satisfacer, debo esperar, que será reformado el auto suplicado, confirmándose el de la Alzada de provincia.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XVI

SOBRE EL PASE DE LAS BULAS PRESENTADAS POR EL SEÑOR ESCALADA PARA OBISPO DIOCESANO DE BUENOS AIRES

[1855]

Excelentísimo Señor

Este grave y delicado negocio, más grave aún después de la vista del Señor Fiscal, no causa sin embargo ni hará nacer una cuestión sobre las facultades del Gobierno respecto a la provisión de los beneficios de las Iglesias del territorio del Estado. Las leyes que pueden aplicarse al caso presente de haber nombrado Su Santidad, *motu proprio*, un Obispo para la diócesis de Buenos Aires, se han discutido más de una vez ante Vuestra Excelencia, y nadie puede dudar de las facultades del Gobierno de Buenos Aires para elegir y presentar personas dignas para los beneficios eclesiásticos de su Iglesia; y ni es posible tampoco que la Santa Sede dude o desconozca el poder de Vuestra Excelencia a este respecto, y quiera hacer reservas a la autoridad pontificia que cederían en daño de las Iglesias, aunque fueran consentidas por el Gobierno del Estado.

Desde la fundación de la primera Catedral en América, fue reconocida a los Gobiernos la facultad de nombrar y presentar a Su Santidad las personas que habían de servir los Arzobispados y Obispados, como se ve en la bula del Sumo Pontífice Julio II de 28 de Julio de 1508.

Mas luego esta resolución de la Santa Sede se extendió a todos los Gobiernos de las naciones católicas.

Para quitar al fin toda duda, toda cuestión en la materia, la Iglesia Universal reunida 50 años después en el Concilio Ecuménico de Trento, declaró que el derecho de Patronato, que en su más limitada acepción importa la presentación para los oficios y beneficios de una iglesia, correspondía al que la edificase o costease el culto de ellas, y reconoció a los Gobiernos Católicos el derecho como tales patronos de presentar para los beneficios

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pontificales por razón de la soberanía que ejercen en el territorio. Esta solemne ley de un Concilio General no puede ser destruida por la autoridad pontificia, a pesar de las facultades que el mismo Concilio reservó al Sumo Pontífice en su última sesión, porque esa reserva era para los asuntos de mera disciplina sobre los cuales el Concilio había legislado, y menos cuando se trata de facultades de que han usado los Gobiernos desde un tiempo inmemorial, desde la primera fundación de sus iglesias, que entonces se convierten en un verdadero y positivo derecho como lo declaró el mismo Concilio de Trento.

La Corte Romana tampoco ha desconocido a los Gobiernos de las nuevas Repúblicas de la América Española el derecho de Patronato, como que no podía dejar sin patrones a las iglesias del nuevo mundo, y sin los medios necesarios para sostener el culto, las personas y las autoridades eclesiásticas.

Pero en un tiempo de reacción contra los poderes legítimos de la Iglesia, ese derecho de Patronato se extendió a tanto por la autoridad civil, que los Sumos Pontífices han visto en las facultades que se crearon los Gobiernos, un gravísimo mal a la Iglesia, y han querido tal vez moderarlo en justos límites, o reformar en parte el derecho omnímodo de elegir y presentar para los beneficios eclesiásticos; y han suspendido, diremos así, el reconocimiento que de él hacían cuando el Gobierno de estos países estaba en las manos de un rey poderoso, como lo era el soberano de España y de las Indias.

Desgraciadamente no conocemos el pensamiento de la Santa Sede, ni las limitaciones que pretenda a las facultades que las leyes de Indias dan a los Gobiernos de América para la provisión de los beneficios eclesiásticos. A pesar de haber mandado algunas Repúblicas de América diversos Ministros a la Corte Romana, no tengo noticia que ninguno de ellos haya conseguido hacer un Concordato con Su Santidad para reglar en lo sucesivo las relaciones de uno y otro poder. El Señor Irasabal, Ministro de Gobierno de Chile ante Su Santidad el Pontífice actual, después de tentar todos los medios posibles para llegar a un arreglo definitivo, ha dicho a su Gobierno que es imposible hacer Concordato alguno con el actual Gobierno de la Iglesia. La República de Bolivia, por medio de su Ministro el General Santa Cruz, hizo es verdad un Concordato, por el cual desaparecían casi totalmente las facultades que hasta entonces había tenido el Patrono de aquella Iglesia. El Congreso Boliviano no aceptó la mayor parte de sus artículos, y las cosas quedaron como estaban,

sin definirse los poderes del Gobierno y de la Silla Apostólica en la provisión de los beneficios eclesiásticos.

Esto, sin embargo, no ha causado una vacante permanente en las sillas Episcopales por la modernación con que se han conducido los Gobiernos. Ellos han continuado haciendo las presentaciones a que las leyes y bulas pontificias les daban derecho, y los Sumos Pontífices por su parte han provisto los Obispados en las personas elegidas, *motu proprio,* sin ninguna referencia a la presentación, como ha sucedido en el caso presente. En asuntos de esta naturaleza que se versan con el Pontífice de la República Católica, el medio más prudente era dar el pase a tales bulas por el bien mismo de los pueblos, desde que los Gobiernos, aunque no se dijera en los rescriptos pontificios, podían mirar con toda razón la institución del Obispo como hecha en virtud de su presentación, desde que Su Santidad nombraba para la vacante al Obispo presentado.

En el caso actual hay algo más, Señor. El Sumo Pontífice se dirige a Vuestra Excelencia por su comunicación de 26 de Junio del año pasado, diciéndole que ha recibido sus letras por las que le pide proveer la vacante de la Iglesia Episcopal de la Santísima Trinidad en la persona de Mariano José de Escalada Obispo de Aulón, y que cediendo gustosamente a las preces de Vuestra Excelencia lo ha absuelto del vínculo con la Iglesia de Aulón, y lo ha proclamado Obispo y Pastor de la Diócesis de la Santísima Trinidad. Su Santidad llama postulación a la elección, nombramiento y presentación que Vuestra Excelencia hizo en el Ilustrísimo Señor Obispo de Aulón para Diocesano de Buenos Aires; y si no fuera este concepto equivocado, podría decirse que aunque la bula de institución esté librada *motu proprio,* y sin consideración ni por razón del Patronato que Vuestra Excelencia ejerce con el más positivo derecho en la Iglesia de Buenos Aires, desde que en otro rescripto de Su Santidad, dirigido a Vuestra Excelencia y que viene unido a la bula de institución, declara que el nombramiento que ha hecho para Obispo de Buenos Aires, es en virtud de las letras que ha recibido de Vuestra Excelencia que eran una solemne e indudable presentación, como se ve por la copia agregada; podría decirse, repito, que el Sumo Pontífice había reconocido en Vuestra Excelencia el derecho de Patronato, y dado al Obispo electo su bula de confirmación, que era lo que Vuestra Excelencia solicitó de la Santa Sede.

Si en la bula de institución, Su Santidad declara, como lo observa el Señor Fiscal, que se ha reservado proveer a todas las

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

vacantes episcopales, no es ésto una razón suficiente para retener y suplicar la bula. Su Santidad no dice haberse reservado la provisión de la Silla Episcopal de la Santísima Trinidad, ni las de las Iglesias de las Repúblicas de América. Habla, en general, de todas las sillas episcopales de la cristiandad; y desde entonces puede juzgarse que se refiere solo a la provisión canónica; que habla de la provisión de los Obispados en su significado místico; y en contraposición al derecho de confirmación o institución que en otros tiempos, y aún en estos últimos años, han pretendido algunos gobiernos que corresponda a los Arzobispos Metropolitanos o a los grandes Patriarcas de las Iglesias del Oriente de la Europa; pues que hoy los Sumos Pontífices reconocen sin dificultad alguna el derecho de Patronato de los Gobiernos Católicos de Europa, y no han hecho en verdad la reserva de que habla Su Santidad respecto a la provisión de todas las vacantes episcopales, en el sentido en que lo ha entendido el Señor Fiscal.

Digo lo mismo de la parte de la bula que expresa corresponder a Su Santidad el derecho de dividir las diócesis o crear otras nuevas. Verdaderamente el Sumo Pontífice de las Religiones es quien demarca a los Obispos el ámbito de su misión Apostólica, y su carácter de Obispo, como la demarcación religiosa o jurisdicción espiritual no puede reconocer otra fuente que la suprema autoridad eclesiástica. Pero ésto no debe entenderse igualmente, sin perjuicio de los actos externos diré así, de la autoridad civil al fijarse los límites de los obispados; sin perjuicio de las leyes civiles o políticas que rijan en el territorio, sin perjuicio también de la participación que en ese acto hayan dado los Sumos Pontífices a los Soberanos temporales.

Vuestra Excelencia por otra parte, tiene el derecho de retener las bulas pontificias, y si llegara el caso que Su Santidad hiciera una nueva demarcación del obispado, olvidando los derechos que las leyes dan a Vuestra Excelencia, para concurrir a ese acto, entonces solo sería el caso de negar el pase al rescripto pontificio que así lo dispusiera. Si por esta parte tiene el Gobierno los medios suficientes y legales para conservar su autoridad en el territorio del Estado, no es necesario que desde ahora, cuando no sucede ni se intenta la división del Obispado, Vuestra Excelencia retenga la bula de institución de un Obispo, porque en ella se haga la referencia de una reserva que ciertamente no importa desconocer los derechos del gobierno en la demarcación de los obispados.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Por dar el pase a las bulas presentadas por el Ilustrísimo Señor Obispo de Aulón, tampoco perdería el Gobierno ninguno de los derechos que importa el Patronato de la Iglesia de Buenos Aires. Habría solamente tomado Vuestra Excelencia la vía más prudente que siguen los Gobiernos de las otras Repúblicas de la América Española, mientras dure la desgraciada circunstancia de no ser posible un Concordato con la Santa Sede. Este camino, digno también de las consideraciones que los Gobiernos y Pueblos Católicos deben a la cabeza visible de la Iglesia, facilitará sin duda en poco tiempo el medio de un Acuerdo por el que queden determinadas las relaciones de derecho del Poder Eclesiástico con el Gobierno del Estado. Una repulsa o la retensión de las bulas libradas por Su Santidad cuando efectivamente es nombrado por ella el Obispo presentado por Vuestra Excelencia aumentaría las dificultades; nos cerraría el camino para llegar a un término en tal materia, y tal vez incitaría a la Corte Romana a sostener lo que ahora parece aún dudar que sea su derecho propio, destruyendo al mismo tiempo la buena armonía con un poder tan alto para nosotros, como el del Sumo Pontífice de la Iglesia Universal.

Por estas consideraciones, Excelentísimo Señor, soy de dictamen que Vuestra Excelencia conceda el pase a las bulas presentadas por el Ilustrísimo Obispo de Aulón, ordenando que preste el juramento que las leyes y la Constitución del Estado prescriben, cuya fórmula acompaño, ante el Señor Ministro de Relaciones Exteriores y del Escribano de Gobierno que actuará con dos testigos designados al efecto. Y que hecho ésto se libre oficio al Discreto Provisor y Vicario Capitular como también al Senado del Clero, avisándoles de la elección y nombramiento que Vuestra Excelencia hizo en el Señor Doctor don Mariano Escalada dignísimo Obispo de Aulón para Diocesano de la Iglesia de Buenos Aires, y de la confirmación que ha hecho Su Santidad del Obispo electo, cuyas bulas han obtenido de Vuestra Excelencia su correspondiente pase; y que en su virtud le den posesión de la Iglesia y de la silla Episcopal, reconociéndole como tal Obispo de la Diócesis de Buenos Aires. Y al efecto acompaño a Vuestra Excelencia el proyecto del decreto, que debe concluir este expediente, si Vuestra Excelencia se sirviese conformarse con mi dictamen.

Dado el pase a las bulas presentadas por el Ilustrísimo Señor Obispo de Aulón, queda todavía la dificultad de la aceptación por su parte del nombramiento que en él ha hecho Su Santidad para Obispo de la Diócesis de Buenos Aires. El Señor

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Obispo electo y confirmado pone al Gobierno condiciones para su aceptación que no están en las facultades de V. E. el allanar, porque son nada menos que la derogación de muchas antiguas leyes que rigen el Estado. El Señor Fiscal ha mirado este acto como una falta de respeto a la primera autoridad, y también como un desconocimiento de los primeros deberes que le imponen las leyes de su Patria. El Señor Obispo ha encontrado en esta ocasión la primera oportunidad de poder lamentar el estado de la Iglesia de Buenos Aires, y es dispensable la ilimitada libertad con que lo hace, por los largos años en que los Prelados eclesiásticos han estado bajo la misma opresión que el pueblo sufría. Esta voz de los Sacerdotes llamados a dirigir la Iglesia, siempre es pacífica, siempre de buena fe, siempre la expresión sincera del pastor que solo procura el bien del pueblo Católico; y Vuestra Excelencia debe oírla teniendo presente el digno carácter y la conducta siempre digna del Ilustrísimo Señor Obispo de Aulón. En presencia del grave cargo que es llamado a desempeñar, su excesivo celo le agranda las dificultades y deja incierta su delicada conciencia. Pero el Señor Obispo debe acallar sus sentimientos y su razón, y subordinarse a la autoridad pontificia a la cual en tales materias está obligada a prestar la más absoluta obediencia.

Conociendo las dificultades de la Silla Episcopal, el Estado de la Iglesia y del clero, y vencido sin duda por las consideraciones que ahora hace presente a Vuestra Excelencia dice, que así que tuvo noticia de haber sido presentado para Obispo de esta diócesis, elevó a Su Santidad su renuncia, pero que el Sumo Pontífice no ha hecho lugar a su súplica, sino que le ordena se reciba de la Iglesia, en términos que no le deja más recurso que someterse a su voluntad. Pero la voluntad de Su Santidad no es que imponga condiciones al Gobierno del Estado para ocupar la silla vacante. El Sumo Pontífice conoce bien el estado de la Iglesia de Buenos Aires, la reforma eclesiástica, la nueva composición del Capítulo de la Iglesia Catedral, y todas, todas las leyes que lamenta el Señor Obispo de Aulón, cuando él estuvo en este pueblo en 1824 ya existía ese nuevo orden de cosas; fue instruído de todo, por lo que pudo ver y conocer, y por los informes particulares, protestas y quejas que elevaron varios sacerdotes de este pueblo, al Señor Arzobispo Muzi de quien era Secretario. Hace poco tiempo, también, que un Nuncio Apostólico, el Señor Obispo de Canopo estuvo en Buenos Aires, y habrá sin duda informado a Su Santidad del estado de la Iglesia de la Santísima Trinidad; y con todos estos conocimientos, sin embargo se ordena al Señor Obispo de Aulón que se reciba de la Iglesia de Buenos Aires como Prelado de ella. Así debía hacerlo el Señor Obispo, dando él primero que todos, el ejemplo de la obediencia debida al Pontífice de la Religión; y no tentar una negociación indigna del Gobierno y del celo apostólico de los Obispos. Por negro que sea el cuadro que el Señor Obispo de Aulón hace del estado de la Iglesia de Buenos Aires, no será sin embargo semejante al de las Iglesias Católicas de los Estados mahometanos o protestantes o donde los Gobiernos no profesan religión alguna. ¿Y cuando faltaron Obispos Católicos en la Siria, en la Palestina, en Irlanda y en las Iglesias de los Estados Unidos? ¡Cuántas veces los Sumos Pontífices, llenando sus altos deberes, han nombrado Obispos o Vicarios perpetuos para las Indias Orientales, que no llevaban sino el báculo de los Apóstoles! ¡Y cuántos dignos sacerdotes han marchado a un sacrificio cierto, cumpliendo la voluntad del Soberano de la Iglesia! ¿Qué rentas, qué palacios, qué templos, qué clero tuvieron los primeros Obispos de las Iglesias de América? Ellos mismos construyeron las primeras chozas donde se celebró el Santo Sacrificio, y los sacerdotes únicos que vinieron a estos países pertenecían al clero regular, y no estaban ellos ni sus conventos sujetos a la jurisdicción de los Obispos. Sí; todo ha degenerado; los Gobiernos, los pueblos, el clero y los Obispos mismos, que buscan hoy una existencia y otros poderes que no tuvieron los primeros Obispos de la Iglesia de la Santísima Trinidad.

El Señor Obispo ha debido esperar que nuestras instituciones democráticas, dando al pueblo la soberanía legislativa, ese pueblo católico que hoy puede obrar con toda libertad, remediaría los males de que se queja, reformaría los abusos de la autoridad civil, y dará a la Iglesia de Buenos Aires la dignidad y el poder de que dice el Señor Obispo se le ha privado. Pero para ésto, el primero de todos los antecedentes es moralizar e instruir la pueblo, funciones dignas de sacerdotes católicos. El Señor Obispo alcanzará más pronto esos objetos si, poniéndose a la cabeza del clero, se empeñara en la educación religiosa del pueblo. Muy luego, hallaría legisladores ilustrados que comprendieran la importancia de las instrucciones de la Iglesia en países como el nuestro. Pero, abandonar al pueblo, al clero y a la Iglesia, temer el compromiso del cargo a que el Gobierno y el Sumo Pontífice le llaman, y negarse a ejercer las funciones que hagan cesar la vacante de la primera prelacía de la Iglesia de Buenos Aires, no parece propio de un sucesor de los Apóstoles

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ni de los grandes deberes que pesan sobre el que ya lleva una tiara sobre sus sienes.

Lo más grave y lo menos justo en las exigencias del Señor Obispo de Aulón, es no asentir al juramento que las leyes y la Contitución del Estado tienen prescripto para casos tales. Esas leyes y esa Constitución son las de un pueblo católico que reconoce la autoridad de la Cabeza de la Iglesia, y el juramento que ellas prescriben lo han prestado todos los Obispos que ha tenido Buenos Aires, el clero, el Senado Eclesiástico y multitud de sacerdotes muy dignos. ¿Tiene algo acaso de contrario a las obligaciones de un Obispo, prometer defender la independencia del país, obedecer sus leyes, cumplir la Constitución del Estado y reconocer el patronato del Gobierno que le obliga a sostener el culto y todas las instituciones de la Iglesia? Entretanto la fórmula de juramento que el Señor Obispo propone, deja inciertas las obligaciones, y las hace depender de la abreviación de los hechos y de las leyes que crea deber hacer el mismo Señor Obispo de Aulón. Vuestra Excelencia en esta parte no puede sino exigir el juramento tal como las leyes y la Constitución del Estado lo han formulado.

He dado, Señor, mi dictamen sobre este grave asunto, pero desearía que Vuestra Excelencia pidiera otro consejo, reuniendo algunos letrados y eclesiásticos respetables que le abriesen dictamen respecto a la resolución que el Gobierno debiese dar sobre las bulas presentadas por el Señor Obispo de Aulón — Buenos Aires, Junio 19 de 1855.

XVII

SEPULTURA DE LOS SUICIDAS

[1856]

Excelentísimo Señor

La urgencia del caso que motiva la nota del Señor Obispo Diocesano me obliga a despachar este negocio en el momento de leer el decreto de Vuestra Excelencia fecha de ayer; y expondré solo los principales principios de donde puede partir la resolución de Vuestra Exeecelencia.

El suicidio Señor, era considerado por las sabias leyes Romanas, como un acto de valor y de virtud, cuando tenía por causa graves pasiones, el disgusto de la vida, o el dolor de las enfermedades: *si in impatientia doloris, aut tedio vita, aut morbo, aut furore, aut pudore, mori maluit.* (L. 9 § 7. Dig. de re militari) y no le imponía ninguna pena en estos diferentes casos. El fue solo considerado como delito cuando el suicida estaba acusado de un crimen capital.

Esta legislación fue adoptada a su letra por las leyes de Partida. Estas reconocieron, como se ve en la Ley 1ª. tit. 27. P. 7ª. que los suicidios podían provenir por temor de la pena de un delito capital, o también por el dolor de una enfermedad, o por locura, o por el fuerte sentimiento de haber perdido la honra. La Ley 1ª. tit. 24. P. 7ª castigó solo a los primeros con la pena del delito por el que se le procesaba; pero expresó claramente que no debía imponerse pena alguna a los comprendidos en los otros casos; es decir que no reputaba delincuente al que se tratara por dolor, por locura, *o por otro gran pesar que oviese,* como dice la Ley.

El Derecho Canónico adoptó principios enteramente contrarios, y consideró el suicidio como un crimen, como un homicidio: *est vere homicida est reus homicidii cum se interficiendo inocenten hominen interfecerit...* y en su consecuencia la Iglesia rehusó sus oraciones por el que se hubiera dado la muerte,

Biblioteca del Gioja. UBA
académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

siempre que hubiera obrado con la conciencia de su acción, y privó se le diera sepultura en lugar sagrado. Esta sin embargo era una pena simplemente externa que no hacía considerar al suicida como excomulgado o fuera de la Iglesia católica; y así fue que sin embargo la privación de sepultura no prohibió que se diesen limosnas y que los particulares hiciesen oraciones por el suicida. La Iglesia quiso con la privación de sepultura contener los suicidios, pero no juzgó como condenados a los suicidas: *quia incomprehensibilia sunt judicia Dei, et profunditatem consilli ejus nemo potest investigare.* Mas los hechos probaron que las pasiones y las afecciones morales que impelen al suicidio, son más fuertes que la autoridad de las leyes civiles y eclesiásticas. A pesar de ésto, la consideración del suicidio como un delito, parece ser siempre una alta lección, una advertencia moral para los pueblos. Pero la dificultad no está en la acriminación del acto en sí mismo, sino en la elección y aplicación de las penas. El castigo no puede ser sino una mancha, la deshonra pública. ¿Mas cuál sería el efecto de esta reprobación, de este castigo moral pronunciado sobre una tumba? La conciencia pública que reprueba esta fatal enfermedad del suicidio, ¿aprobaría el castigo? ¿No podría decirle a la Ley penal, al Gobierno que hiciese llevar a efecto la ley de la Iglesia que las mismas leyes civiles antes citadas reconocen que no todos los que atentan a su vida obedecen a una impulsión inmoral? Este antecedente tan importante de que partieron las Leyes de Partida, está comprobado hoy con la estadística criminal de la Inglaterra y de la Francia, como lo ha demostrado Mr. Moreau, que el tercio de las muertes voluntarias debe atribuirse a enfermedades cerebrales, de las cuales el suicidio es uno de los síntomas o uno de sus efectos. Sería necesario que una indagación solemne en cada muerte voluntaria viniese a ilustrar y demostrar las causas de la determinación del agente y del estado de su razón en el momento de quitarse la vida.

¡Cuánta incertidumbre en un tal proceso! Los medios de su instrucción parecerían siempre débiles para deshonrar la memoria de un hombre que acaso hubiera llevado una vida pura. Mil dificultades Señor, se presentarán siempre en semejante cuestión, y es mejor que ellas queden insolubles.

El Derecho Canónico también aceptó la jurisprudencia que excusaba a los suicidios cometidos en el acceso de una enfermedad física o moral. *Secus dicendum est Deus* (dice el canon 15 en la cuestión 1ª) *qui per furorem vel insaniam si bi mortem conscive-*

runt hi enim qui nesciunt qui agant et satis furore puniantur culpa vacant.

Es preciso pues por las leyes civiles y canónicas, que haya un juicio con el objeto de saber si la muerte ha sido voluntaria o no para imponer la pena de privación de sepultura en lugar sagrado, que por derecho es una pena infamante, y ante el juicio público una pena de la mayor consideración que va a herir mas a la familia del suicida que al suicida mismo. La necesidad de este juicio está prescripta en la práctica aún por los escritores más vulgares.

Febrero dice lo siguiente en el tomo 7º de su obra. "Para calificar de suicidio voluntario una muerte, es preciso que conste con evidencia, de manera que la prueba sea plena y convincente; pues de otro modo se tendrá por un arrebato de locura, en cuyo caso el perpetrador no debe ser considerado como delincuente". Dice también: "Que la práctica que se digne en tales casos es: que cuando notoriamente consta que el suicidio fue hecho con deliberada premeditación se le niegue la sepultura. Si al contrario resulta que fue efecto de demencia, falta de conocimiento y voluntad, no se le prive de la sepultura concedida a todo cristiano".

Bastará pues que Su Señoría Ilustrísima, el Señor Obispo Diocesano exija para concederle sepultura eclesiástica, alguna información de los deudos del muerto que acredite que el suicidio no ha sido absolutamente voluntario, sino efecto de alguna enfermedad física o moral; y ésta, Señor, ha sido la práctica seguida en Buenos Aires por otros Obispos o por los Gobernadores de la Iglesia en Sede Vacante.

Soy pues de dictamen que Vuestra Excelencia diga a Su Señoría Ilustrísima que las leyes civiles que nos rigen y la práctica observada en casos de suicidio, como las mismas leyes en la Iglesia, no le permiten privar de la sepultura en los Cementerios públicos a todo suicida, generalmente hablando, como lo exije Su Señoría Ilustrísima sin examen, sin proceso previo de las causas que han motivado la muerte, causas valoradas y de resultados jurídicos, según el derecho civil que rige a Buenos Aires.

Buenos Aires Enero 24 de 1856.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XVIII

DICTAMEN DEL ASESOR GENERAL DE GOBIERNO Y RESOLUCION EXPEDIDA DE CONFORMIDAD EN EL EXPEDIENTE PROMOVIDO POR VARIAS SUPLICANTES A FIN DE FUNDAR UN CONVENTO DE HERMANAS DE LA MERCED EN ESTA CIUDAD *

Exmo. Señor:

Las Hermanas de la Merced se presentaron al Gobierno el año pasado pidiendo licencia para la fundación de un convento de monjas en esta ciudad. El Gobierno creyó que la licencia podía únicamente ser dada por el Cuerpo Legislativo y proveyó a la solicitud de ellas disponiendo que ocurriesen a las HH. CC. y según recuerdo han ocurrido en efecto y pende ante ellas la decisión de este asunto. Esto bastaba para proveer en la solicitud que ahora hacen las señoras Zapiola y Tollo. Pero estas personas invocan las libertades sociales garantidas por la Constitución del Estado, y creen, como se ve por su pedimento, que el Gobierno ejerce una violencia en sus derechos cuando no les da licencia para el libre ejercicio de sus acciones que llevan solo un objeto religioso.

Tal vez Señor, comprendiendo estas señoras el espíritu de la resolución de V. E. se tranquilicen, se acallen sus quejas y se dediquen desde ahora a los objetos religiosos que tienen en mira, sin necesidad de autorización especial alguna por parte del Gobierno del Estado.

La base de la fundación de un convento como garantía de su duración, es la institución de una persona moral o jurídica con sus leyes especiales, garantidas por la autoridad o fuerza pública.

La institución de esa persona jurídica, el convento, hace cesar política y civilmente la persona natural, cuyos derechos civiles acaban con la muerte civil que sucede en los que han profesado por votos solemnes la vida conventual. Cesan sus relacio-

* Publicado en *El Nacional, Buenos Aires,* 11 de diciembre de 1857.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

nes de familia, no pueden instituir ni ser instituidos herederos, no pueden obtener función alguna pública, como la tutela, curatela, etc.; cesa su capacidad personal de adquirir, no pueden estar en juicio, acaba en fin la persona civil.

La persona jurídica que en lugar de ella se crió, es un ser moral que tiene sus derechos y obligaciones especiales que sólo pueden nacer de la ley y no del acuerdo particular de los individuos. En todos los tiempos desde el paganismo hasta las Leyes de Indias que nos rigen tales personas morales han necesitado el consentimiento expreso de la autoridad suprema del Estado para su nacimiento y existencia. Independiente de la razón política o económica, el consentimiento de la suprema autoridad para la creación del Convento, del Colegio, y de toda persona moral encuentra su origen en la naturaleza misma del derecho. El hombre por el solo hecho de su aparición corporal, proclama sus títulos a las capacidades del derecho. Por este signo visible cada hombre, cada Juez, sabe los derechos que debe reconocer y los derechos que debe proteger. Cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, este signo visible falta y sólo puede suplirlo la autoridad suprema creando sujetos artificiales de derecho. Esta facultad no puede ser abandonada a las voluntades individuales que muchas veces podrían ser fraudulentas, o traer los más serios trastornos en el derecho privado.

Una vez constituido el convento o la persona jurídica, no se acaba ni aún con la muerte de todos sus miembros, ni puede disolverse la corporación por la sola voluntad de éstas, por que ella existe independientemente de ellas. Es también necesario para su disolución el decreto de la autoridad soberana; algo más: la autoridad sola del país puede disolver las personas jurídicas aún contra la voluntad de sus miembros.

Las señoras que se han presentado conocerán y que el Poder Ejecutivo no puede hacer cesar respecto de ellas y de las demás que formen un verdadero convento las leyes civiles respecto a las personas y a la capacidad civil sancionadas para el pueblo en general, y que no es tampoco de las atribuciones de V. E. crear y legislar seres ideales como las personas mortales de los conventos, ni comprometer la autoridad pública a sostener y hacer cumplir estatutos que no son leyes votadas por el cuerpo legislativo, y que importan una derogación respectiva de las leyes generales.

Comprenderán también que esto no importa privarles a ellas ni a persona alguna de los derechos que la Constitución les ha

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

garantido. Acaso sería mejor que ese convento, que la profesión y los votos de las personas que quisieran reunirse para un objeto religioso existan por la moral de sus individuos bajo la única sanción de las penas espirituales que el prelado eclesiástico les imponga por el quebrantamiento de las obligaciones a que se hubiesen sujetado. ¿Para qué serviría la coacción de la fuerza pública para hacer que volviera al convento una monja que quisiera salir de él? ¿Para qué sirve esa dependencia del Estado en la existencia del convento? ¿Para qué es necesario que las incapacidades de adquirir, de contratar, etc., esté sancionada por un acto de la autoridad temporal cuando era mejor que se sostuviera por el abandono voluntario del ejercicio de esos derechos? En los primeros tiempos de la Iglesia, y hoy en los Estados Unidos existieron y existen asociaciones religiosas sin ninguna relación de derecho con el Gobierno de Estado. De esta manera el buen ejemplo es más cierto y puede aleccionar al pueblo que ve una asociación de personas religiosas que existe solo por su propia voluntad; que están en un convento porque quieren estar, sabiendo que nadie les impediría salir de él, que si quieren vivir bajo un voto de pobreza abandonen de propia voluntad los bienes o las herencias que los jueces les manden entregar. Que esa vida sea la vida elegida en cada momento de ella, y que nadie pueda pensar que va seguida del arrepentimiento del error de un día.

Las hermanas de la Merced por negarse V. E. a autorizar la fundación de un convento, no pierden ninguno de los derechos que declara a todos la Constitución del Estado. Las que quieran formar esa asociación religiosa pueden hacerlo bajo los estatutos que voluntariamente se den, sujetándose o no a la autoridad y penas espirituales que les imponga el prelado de la iglesia. ¿De qué derecho se les priva? No morirán civilmente como sucede en los conventos existentes hoy, serán individuos, personas naturales, como lo eran antes de la asociación.

No tendrán privilegios ni excepciones como ellas dicen, y entonces su asociación religiosa estará en la más perfecta armonía con la legislación toda del país. Que se persuadan pues que su asociación es libre y que no necesitan de autorización alguna para comenzar a llenar los fines religiosos que se han propuesto.

Pero este género de asociación, el único que puede convenir al pueblo, es absolutamente diferente de un convento de monjas que pidieron fundar las hermanas de la Merced, cuya autoriza-

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ción corresponde exclusivamente a las Cámaras Legislativas. Puede por lo tanto servirse V. E. mandar guardar el decreto de 20 del pasado.

Buenos Aires, noviembre 26 de 1857.

Dalmacio Vélez Sársfield

Diciembre 3 de 1857.

Conforme con el precedente dictamen asesorado téngase por resolución en este asunto, hágase así saber a los interesados por secretaría y transcríbase este decreto al asesor publicando dicho dictamen.

Rúbrica de S. E.

Barros Pazos.

Biblioteca del Gioja. UBA uso académico.

XIX

DICTAMEN SOBRE EL REQUISITO DE LA LICENCIA ECLESIASTICA PARA IMPRIMIR LIBROS RELIGIOSOS *

Exmo. Señor:

Desde el tiempo del Sr. Bosuet se ha discutido en Francia con el mayor interés el derecho de los obispos a lo que se llaman libros de la iglesia, como Misales, Breviarios, &a. entre los cuales se cuenta también el almanaque, y siempre resultó en las diversas resoluciones de aquel gobierno que los libros llamados de la iglesia no podían imprimirse sin licencia especial del prelado eclesiástico.

En los últimos tiempos el Jurisconsulto Treisier Desparges publicó una excelente memoria *Del derecho de los Obispos sobre los libros de la iglesia* que fue contestada al año siguiente en 1847 por el abogado Dumemil, y al fin se aceptó la opinión de Mr. Royer-Collard dada en 1814 siendo Director General de la librería. El se ha expresado así: "La legislación actual de la librería lleva esta instrucción: No se admite ningún privilegio exclusivo para la impresión de los libros de la iglesia: los impresores tienen el derecho de imprimir y vender esta clase de libros conformándose al decreto que les prescribe dirigirse a los Sres. Obispos para obtener su aprobación. Se ha creído que el permiso exigido era respecto al impresor y que los Sres. Obispos tenían derecho de privar la impresión de esos libros a los impresores que ellos no hubiesen designado. Pero no es en este sentido que este decreto debe ser entendido. La obra sola debe ser el objeto de la aprobación de los Sres. Obispos. Esta aprobación no es sino la prueba de que la impresión es conforme a la que ya estaba aprobada."

En Inglaterra, el rey, como jefe del Estado y de la Iglesia, a pesar de la absoluta libertad de imprenta en aquel reino, tiene el derecho exclusivo de hacer imprimir todos los libros del uso de la iglesia Anglicana en concurrencia con las dos Universidades

* Publicado en *El Nacional*, Buenos Aires, 30 de noviembre de 1857.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

de Oxford y de Cambridge. En Irlanda, el monopolio real está dividido con el Colegio de la Trinidad de Dublín. En Escocia este derecho que estaba antes de 1838 conferido al impresor del rey, es reglado después de aquella época por una oficina de comisarios especiales como lo dice el Sr. Saya en su obra *El Derecho Inglés*.

Puede decirse así, que a pesar de las leyes sobre la libertad de imprenta, no es permitido en las principales naciones del mundo imprimir los libros de la iglesia, sin la aprobación especial del prelado eclesiástico.

El Gobierno de Buenos Aires en el decreto de 1852, parece que aceptó la legislación francesa en el mismo espíritu e inteligencia que daba, como se ha visto, el Sr. Royer Collard a un decreto igual promulgado en aquella nación. El Sr. Provisor y Vicario General está pues en su derecho, exigiendo el cumplimiento de dicho decreto, que en verdad no se encuentra en el registro oficial. Sería pues conveniente antes de todo ordenar su nueva publicación, dictando V. E. alguna medida contra el que lo quebrantare. Buenos Aires, noviembre 10 de 1857.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XX

DICTAMEN SOBRE LA DEROGACION DEL DECRETO DE 1836 ACERCA DE QUITAS Y ESPERAS*

Buenos Aires, marzo 20 de 1858.

Al Sr. Ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores, Dr. D. José Barros Pazos.

He recibido la nota de V. E. fecha de ayer pidiéndome, de orden del Exmo. Sr. Gobernador, mi parecer sobre la conveniencia de la derogación del decreto de 29 de marzo de 1836, en atención a las circunstancias en que se encuentra el Comercio de esta plaza, y paso a hacerlo, Señor, con tanto más gusto cuanto que antes de ahora en el proyecto de un código de comercio, encargado al Dr. Acevedo y a mí, manifestamos nuestro pensamiento a este respecto, uniforme con la legislación de todas las naciones.

El decreto de Rosas, no se fundaba, ni en los principios de la jurisprudencia general ni en los usos del comercio, ni en el ejemplo de otras naciones, ni en las conveniencias públicas ni en el derecho privado de los individuos.

Antes que hubiera leyes sobre los acuerdos de los acreedores con el deudor común, el uso del comercio de todas las naciones, tenía establecido, dicen Fremery y Massot, que el voto de la Mayoría decidiría toda diferencia sobre los convenios que se procura hacer con el deudor, y que éste solicitara. Las costumbres y el derecho Pretoriano de la antigua Roma tenía también establecido, que la opinión del mayor número, fuera ley para la minoría, en los acuerdos y convenios con los deudores sobre la administración de los bienes que forman la garantía común de todos los créditos, o ya sobre las esperas o quitas, que juzgaren conveniente hacerle.

Estas coctumbres tan antiguas como el comercio, son hoy textos expresos, en todos los códigos de las naciones civilizadas, y estaban convertidas en leyes positivas para Buenos Aires, desde que hubo en las ordenanzas españolas, un código comercial por donde regirnos.

* Publicado en *La Tribuna*, Buenos Aires, 2 al 6 de abril de 1858.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

La jurisprudencia, que creó este derecho, tenía los más solidos fundamentos. La quiebra, la simple suspensión de pagos de un comerciante, constituye de toda necesidad, un cuerpo moral de todos los acreedores que desde entonces tienen derechos actuales e iguales, si no hay constituidas preferencias jurídicas no pudiendo hacerse ningún pago parcial. Esta regla inflexible de igualdad, dice el Sr. Masset, que hace la ley de toda la masa de acreedores quirografarios un cuerpo, debía tener por consecuencia necesaria, obligar la minoridad de los acreedores por las deliberaciones de mayor número, en las medidas, que tomadas en un interés general, imponen a todos a sacrificios de tiempo y de capital, para salvar lo que pueda ser salvado.

Así como en un naufragio, los efectos salvados, contribuyen a la pérdida de aquéllos, cuya echazón ha procurado el salvamento del buque, sea que los propietarios de los intereses consientan o no, así también en el siniestro que compromete la fortuna de un deudor, y pone en peligro la garantía común de todos los acreedores, si para salvar una parte de sus derechos, ellos son obligados a sacrificar el resto, el sacrificio de tiempo o de capital, debe ser el mismo para todos, y todos deben contribuir a él, en proporción de sus créditos. Si fuera de otro modo, la igualdad común de todos los acreedores dejaría de existir, y los intereses más valiosos, como el mayor número de las personas, tendrían que sufrir la ley de los más pequeños, y hasta la que quisiera imponerles la voluntad de uno solo. Una u otra resolución debía prevalecer respecto a los acuerdos de intereses, que ya son comunes, la del mayor o la del menor número en personas y cantidades, y la más simple razón enseña que debe estarse a lo primero.

Las leyes no han hecho otra modificación a esta jurisprudencia, que exigir que la mayoría no sea dudosa, y fijarla en los dos tercios o tres cuartas partes de acreedores. Por lo demás, las más veces, un acuerdo sobre la quita de una parte del crédito, es sólo el cálculo del resultado de la comparación del activo con el pasivo de los créditos. En otras, las esperas que se dan a los deudores son la concesión del término, que los acreedores mismos necesitarían para realizar las existencias.

Ellos pueden tomar a más como regularmente lo hacen, garantías de la buena administración, ya interviniendo por comisiones, ya prohibiendo la disposición o prescribiendo la distribución de los capitales que se rehacen.

El decreto de Rosas por otra parte, trae ya de necesidad el concurso de toda casa de comercio que se hallase en algunas

dificultades. Multiplica los juicios de concurso durante los cuales la experiencia ha enseñado que los bienes concursados se pierden, casi en su totalidad, y se crea la ocasión para fraudes en la administración, que hasta hoy, las leyes no han podido contener. Bastaba que las leyes anteriores a ese decreto, disminuyeran los juicios de concurso para decir que ellas tenían en mira un grande objeto que no podía jamás abandonarse.

Estas y mil otras consideraciones legales y sociales, como el ejemplo y buen sentido de las leyes de todas las naciones, semejantes o iguales a las que Rosas derogó por el decreto de Marzo, me hacen decir al Sr. Ministro, que no es digno del pueblo de Buenos Aires, seguir por más tiempo gobernando en los negocios comerciales por dicho decreto de 29 de Marzo de 1836, que no consultó principio alguno del derecho privado, que olvidó los medios más eficaces para evitar largos y dispendiosos pleitos, y dejó al comercio librado a inminentes ejecuciones, o más bien que las ordenaba sin ventaja alguna para el pago de los créditos.

El gobierno haría un acto de la más alta razón y conveniencia general, si usando de las facultades que tiene, derogase en el día dicho decreto, y mandara observar las leyes que antes de él regían en Buenos Aires, las cuales no pudieron ser debidamente destruidas por el poder despótico que dominó en este pueblo.

Dios guarde a V. S. muchos años.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XXI

DICTAMEN SOBRE FACULTADES DE LA POLICIA PARA ALLANAR LAS CASAS DE LOS PARTICULARES EN ASUNTOS CRIMINALES *

Exmo. Señor.

Para responder a la consulta del Sr. Jefe de Policía, bastaría una interpretación doctrinal del art. 160 de la Constitución, sin necesidad de ocurrir al Superior Tribunal de Justicia, como lo propone el Sr. Fiscal; pues él puede explicarse por las Leyes Criminales que nos rigen.

El derecho que, al parecer, ha querido crear el art. 160 como los de otras Constituciones Argentinas, que declaraban un sagrado la casa de un ciudadano, que no podía violarse sin crimen, es el de los más antiguos de Roma para sólo los juicios civiles, o para los criminales en aquellos remotos tiempos, cuando cada casa del pueblo Romano estaba separada de las otras por un espacio que debía mediar entre ellas, y era así fácil aislar a los delincuentes, evitar su fuga, y aplicarles así mismo el máximum de las Leyes penales, que era la privación del agua y del fuego, sin necesidad de violar un recinto que se creía guardado por los Dioses: derecho meramente histórico, disconforme absolutamente con el derecho actual.

Por el breve Pontificio del 12 de setiembre de 1772, mandado ejecutar por la cédula del 14 de enero del año siguiente, no ha podido quedar, ni ha quedado en toda esta Ciudad otro lugar de asilo inviolable, que dos templos, que son la Piedad y San Telmo.

La Constitución no ha creado un nuevo asilo en las casas privadas en los casos de un crimen, como que no creaba el derecho por el cual debía ser seguido en los diversos delitos y personas que gozaran de él; ni preexistían leyes por las que pudiesen dirigirse los encargados de la prisión de los delincuentes, a no

* Publicado en *La Tribuna*, Buenos Aires, 28 de mayo de 1858.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ser que quiera hacerse de las casas de los particulares un asilo tan absoluto y general cual nunca existió. El artículo de la Constitución es únicamente aplicable a los actos civiles, y da sólo derecho contra las violencias de otros particulares que quieran entrar en las casas privadas contra la voluntad de los dueños de ellas.

La ley Romana (21 título 4, º Libro 2. º Dig.) que hace un asilo como nuestra Constitución de la casa de los particulares, corresponde meramente al derecho civil, y no al derecho criminal. Ella se encuentra en el título de *injus vocando*, de la citación al juicio civil. Por las antiguas leyes, había citación real y citación personal. La primera se ejecutaba tomando el demandante al demandado y llevándolo ante el magistrado. Para reglar la citación verbal se ordenaba entonces que el que se halla dentro de su casa pueda ser citado a juicio, pero que no pueda ser extraído de ella: *de domo sua nemo estrahit debet*.

Cuyacio, en su larga recitación a esta Ley, hace ver que la sentencia del Jurisconsulto Paulo es sólo para la citación del juicio civil. Viviano anotado, y poniendo los casos de las Leyes del Digesto, cuando llega a las últimas palabras de la Ley citada, dice: *secus in criminalibus*. Sobre todo, basta ver en el cuerpo del derecho la rúbrica donde se halla la Ley que declara asilo privado la casa de un particular, para concluir que ella pertenece al derecho civil, a la citación para el juicio civil, y no en manera alguna, cuando se tratara de un delito. En este caso, ninguna Ley, ni antigua ni moderna, ha hecho ni por un momento, un asilo de la casa privada para el delincuente o presunto reo.

En el juicio civil, ni es ni era necesaria la presencia del demandado. Si no se presentaba después de la citación, el demandante era puesto en posesión de sus bienes. Por el nuevo Derecho se sigue el juicio en rebeldía y ni aún es precisa la citación. Los edictos públicos, la personal y verbal suplen, o basta dejar un cedulón en la casa, o fijado en sus puertas. No hay, pues, un objeto de interés público en los juicios civiles para violentar a una persona a que necesariamente comparezca ante el juez de la causa. Otra cosa es en los negocios criminales.

La Legislación inglesa tomó en esta parte las Leyes y los usos romanos. Allí hay arresto personal del demandado en los juicios civiles, sino dá la fianza a que la ley obliga. Con este antecedente, Blascktone en el libro 3º capítulo 19º tratando de la citación al juicio, dice:

"El arresto puede ser corporal, tomando el cuerpo del demandado, o tocando su persona, después de lo cual, el alguacil puede, sin ser reprimible, allanar, o abrir la casa en que se encuentra para tomarlo. De otra manera no tiene tal facultad; porque la casa de cada individuo es considerada por la ley como un lugar de seguridad y asilo donde no se le debe hacer violencia. Este principio es llevado a tanta extensión por la ley civil (in the civil Law) que en el mayor número de casos, no se puede hacer una citación al que permanezca dentro de su casa".

Pero llega Blackstone a los juicios criminales, y desaparece entonces el asilo de la casa privada. En el lib. 4º, cap. 21, después de hablar de los arrestos por orden del juez, dice: "Un individuo puede ser arrestado sin orden del juez. 1º, por un Juez de Paz, que puede tomar él mismo, o hacer tomar por sólo una orden verbal, al que cometa en su presencia un acto de felonía, o que turbe la paz pública. 2º, por el oficial de la Corona, que tiene el derecho de arrestar, sin orden, a un delincuente cualquiera, en la extensión del Condado. 3º, Por el Condestable, que puede, sin orden, prender a un individuo cualquiera, por infracción a la paz pública, cometida a su vista, y conducirlo ante un Juez de Paz; y en el caso de una felonía cometida de hecho, o de alguna herida peligrosa, tiene el derecho, por una sospecha probable, de prender al delincuente, y para conseguirlo, *está autorizado, como si hubiera orden de un Juez de Paz, a forzar las puertas de la casa*. Todo particular, y con mayor razón un oficial de paz. testigo de un acto de felonía, está obligado por la ley a prender al culpable, bajo pena de multa o de prisión, si escapa por negligencia de los que están presentes. *Si ellos fuerzan las puertas de su casa, persiguiendo a ese hombre, la ley los absuelve.* Un particular puede también, por una sospecha probable, arrestar un delincuente; mas no le es permitido forzar las puertas de su casa para tomarle".

El asilo de la casa propia es, pues, meramente para los actos civiles, cuando no preexiste una orden judicial para la prisión de la persona, o para su presentación ante el Magistrado; o un derecho constituido contra las violencias de otros particulares, que quisieran entrar a casas ajenas contra la voluntad de sus dueños. Si hubiéramos de estar a la Legislación Inglesa, no podría un escribano, ni un oficial de Justicia, ni menos un particular, allanarse la entrada a una casa sin orden de Juez, para hacer una notificación u otra diligencia cualquiera en los negocios civiles. Pero que el Jefe de Policía, o el que él autorice, por una orden correspondiente, o el que por razón de su oficio, pueda

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

prender a los delincuentes en los delitos notorios, o cuando lo exija el orden público o el orden interior de una familia, tiene la facultad de forzar las puertas de las casas particulares, sin necesidad de orden alguna de Juez ordinario.

La Francia, desde los primeros años de la revolución del 89, declaró también asilo sagrado la casa de los particulares; pero limitó esa inútil inmunidad a determinadas horas de la noche, para no turbar la tranquilidad de las familias, y sólo cuando no hubiera peligro en la tardanza de que el delincuente se escapara. (Legraverend tomo 1º, página 293, y Merlin, reg. verb. Asile.)

En los comentarios de Kent a las Leyes americanas, por más que se extienda y amplifique el *habeas corpus*, no se encuentra el asilo de las casas privadas respecto de aquellas autoridades que tengan facultad de prender a un delincuente.

El Jurisconsulto Berti, en su obra sobre las legislaciones criminales comparadas relativas a la libertad individual, de la Austria, Inglaterra, Estados Unidos y Francia, no halla en ninguno de los códigos o Leyes de esas naciones, el asilo de las casas privadas ni la necesidad de allanarlas por una orden previa del Juez ordinario, para que el empleado público que tiene facultad para arrestar a los delincuentes, pueda hacerlo cuando éstos se retrayeren en sus casas o en las de otros particulares. En esas legislaciones está muy distinguido el acto del arresto del de la prisión. Aprehendido un hombre por un sereno, por un oficial de Policía, o por el mismo Jefe de ese Departamento, no puede ser aún preso; es decir, mandado a una prisión o la cárcel pública, sino que sólo puede ser detenido en la Policía, interrogado sobre los hechos; y si aparece culpable por las informaciones que se levante, debe ser remitido al Juez que ha de juzgarlo, el cual ordenará o no su prisión. Esto es lo mismo que se practica por la Policía de Buenos Aires.

La necesidad de una orden de Juez, para entrar a la casa donde un delincuente de delito notorio se ha retraído, sería el mejor y más fácil medio de proporcionarle su escape. En los demás casos, la ley criminal si así lo ordenara, constituiría el más absoluto arbitrio judicial en lo más importante de los procesos criminales, o rebajaría el noble oficio de los jueces a ser simples ejecutores de la voluntad de la Policía judicial. ¿Estará en el arbitrio de un Juez del Crimen dar o no la orden de allanamiento de una casa, cuando se le pida por el Jefe de Policía? ¿Qué derecho observará para concederla o negarla?

El Juez ordinario responde siempre de sus actos; obra por

los antecedentes que le son conocidos; y si una prisión resultare injusta, no podría excusarse con que la orden de allanamiento de la casa le había sido pedida por el Jefe de Policía. En otras veces, él podría negarla aun en el caso de verdaderos criminales, con sólo decir que no le constaba ni el delito, ni que hubiera pruebas suficientes para arrestar al individuo, desde que los hechos o las informaciones de ellos le eran desconocidas.

Por lo tanto, mi dictamen es, que tienen facultad para allanar las casas de los particulares, sin orden previa de los jueces ordinarios, todas aquellas personas públicas que, por razón de su oficio, tienen facultad para aprehender a los delincuentes, porque ninguna Ley ha hecho un asilo de la casa privada en los casos de delitos.

Un sereno que persigue en la noche a un delincuente, cuando ese se entre a una casa particular o cuando sepa que dentro de una casa particular, se está cometiendo algún delito, puede, no sólo entrar a ella sin orden alguna, sino forzar y romper sus puertas para contener el crimen, o arrestar a los criminales. Un vigilante a cuya presencia se comete un delito grave, cuando su autor se escondiere en una casa privada, tiene por razón de su oficio, facultad para allanar su entrada y prender al criminal. En general, residiendo en el Sr. Jefe de Policía la facultad de arrestar a los delincuentes, o presuntos criminales para entregarlos a los que deben juzgarlos, no necesita en tales casos orden de ninguna autoridad para entrar con ese objeto a las casas de los particulares, y él es la autoridad competente para dar las órdenes de allanamiento de las casas privadas a los empleados de su dependencia. Ni menos necesita orden alguna de otra autoridad para entrar a las casas donde se están quebrantando los Reglamentos de Policía, como las casas de juegos, para aprehender a los infractores, y aplicarles las penas para que está autorizado por la ley. Ni tampoco le es preciso orden alguna para allanar la casa de un particular, cuando hubiera recibido de los jueces correccionales, o del crimen, o de los Jueces de Paz, de los de 1ª Instancia, o del Consulado la orden para prender a alguno por delitos o por deudas; porque por la orden de prisión está autorizado para allanar la casa donde se encuentra el que debe ser aprehendido.

Buenos Aires, Junio 5 de 1858.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Julio 2 de 1858.

Conforme con el precedente dictamen asesorado, contéstese al Jefe de Policía, que es autoridad competente para allanar las casas particulares, en el ejercicio legal de sus funciones, ya sea para aprehender criminales, o evitar desórdenes o infracciones de los Reglamentos Policiales, que ocurran en ellas; del mismo modo que lo son, en los casos de infraganti delito, las autoridades subalternas de la policía que persiguiesen a algún criminal que se asilase en casa particular: sin que ésto importe la facultad de poder proceder por simples sospechas. Acompáñese copia del mencionado dictamen al Jefe de Policía, del mismo modo que al Fiscal, al transcribirle esta resolución, la que será comunicada al Asesor, y publíquese este expediente.

Rúbrica de S. E.
MITRE.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

XXII

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA CAMARA DE SENADORES DEL ESTADO DE BUENOS AIRES EL 20 DE JULIO DE 1858 ACERCA DE UN PROYECTO PROHIBIENDO LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD *

"Este es el octavo o décimo proyecto que ha sancionado la Cámara de Representantes variando la legislación civil o criminal. Parece que toda cuestión que se presente en la Academia de Jurisprudencia ha de traerse al Cuerpo Legislativo para que la resuelva por una ley o varíe las leyes existentes. Parece también que se creyera que podemos llegar a la perfección de las leyes civiles, y se proponen todos los días reformas las más graves que sin duda traerán mayores males que los que se piensan remediar. Los ingleses Sr. conocen la imperfección de muchas de sus leyes, pero tienen el espíritu conservador para no hacer variaciones en la legislación que produzcan resultados que no pueden preveerse. Me permitiré pues en este caso hacer presente a la Cámara el consejo de la Ley de Partida. *Otro sí dijeron los sabios antiguos que en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pró dellas antes que se partan de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas é por derechas.*

"Yo no veo Sr. necesidad ni conveniencia alguna en destruir las leyes existentes sobre indagación de la paternidad. He estado muchos años en el foro y no he visto ninguno de los escándalos que se suponen acontecen todos los días. Son pleitos regularmente de madres o hijos pobres que reclaman alimentos:

* Publicado en *La Tribuna*, Buenos Aires, 23 de julio de 1858.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

jamás he visto que en tales causas haya fraudes, cohecho de testigo, etc., para hacer reconocer un hijo por su padre; ni hombre que se queje de una imputación calumniosa. Regularmente se defienden diciendo, *puede ser hijo también de otro.* Todavía no se presentan como en Europa casos en los que con pruebas fraudulentamente creadas se demande a un hombre poderoso el reconocimiento de un hijo que no sea suyo. En los pleitos que sobre tal materia pasan en Buenos Aires es imposible también la preparación de pruebas falsas, porque sólo se trata de mezquinos alimentos que gradúan los jueces, los que no proporcionan medios para disponer de testigos o crearse pruebas sobre hechos falsos.

"Por otra parte, estos cuerpos no son los más a propósito para discutir las leyes civiles o criminales. Compuestos de todas las clases de la sociedad, en el Senado por ejemplo, se hallan médicos, comerciantes, hacendados, etc., reunión de tal clase, que no se haría a propósito para dar una ley civil o criminal. Entretanto para la discusión que éstos deben tener, sería preciso convertir la Cámara en una Academia de Jurisprudencia. Yo soy pues obligado a tratar la materia sólo como un problema de moral y de filosofía, y prescindir de todas las consecuencias jurídicas de dejar el reconocimiento de las filiaciones ilegítimas a la voluntad de los padres. Tengo que renunciar a todos los argumentos que me daría la Jurisprudencia y el derecho escrito y observado desde la fundación de estos pueblos. Cuidaré de no repetir ninguno de los argumentos hechos en la otra Cámara o en la prensa contra el proyecto, y sin embargo necesito la indulgencia del Senado por el largo tiempo que llamaré su atención.

"Tengo necesidad para contestar las consideraciones que han hecho sancionar el proyecto de que se trata de exponer la legislación en esta parte de las principales naciones del mundo, y al hacerlo, no me serviré de los códigos comparados del señor San Joseph, obra sin duda de mucho trabajo, pero de ninguna doctrina ni criterio; tomaré los hechos legales de la ilustrada obra del jurisconsulto belga Koenisguanter sobre la legislación comparada de los pueblos antiguos y modernos respecto a los hijos ilegítimos.

"Tres sistemas dividen a las grandes naciones respecto a las filiaciones ilegítimas. El primero que se llama *sistema germánico,* que no reconoce ningún derecho a los hijos naturales sobre los bienes del padre o de la madre. Las naciones que lo

siguen en sus leyes son: la Inglaterra, Suecia, Rusia, Friburgo y Argelia.

"El segundo sistema que se llama *sistema Romano,* según el cual los hijos naturales tienen derecho de sucesión a la madre y a la línea materna, y no al padre y a la línea paterna — lo han adoptado en Austria, Francia, Dinamarca y España.

"El tercer sistema que se llama *natural,* reconoce con más o menos extensión la sucesión del hijo natural en los bienes del padre y madre, y puede decirse que tienen una legítima más o menos importante. Lo siguen los códigos de la Francia, Holanda, Baviera, Reino de Nápoles, la Cerdeña, el Ducado de Bada, Haití, y el código de la Luisiana.

"Según es la parte o el derecho que se da a los hijos naturales en las diversas legislaciones, así es el género de prueba de la filiación que se exige, ¿pero nosotros, qué damos al hijo natural? ¿qué es el hijo ilegítimo por nuestras leyes? El no tiene familia, porque la familia sólo nace de la unión legítima. Individuo *sui juris* desde que viene al mundo, aun sin hermanos, porque la ley no ha creado relaciones de derecho entre los hermanos ilegítimos, ni son sucesores los unos de los otros. La ley no le ha dado tutela alguna ni aun la tutela de sus ascendientes. Persona emancipada desde que ve la luz, solo en el mundo, sin que las leyes lo hayan adscripto a ninguna familia; cuyos padres pueden sin pena negarle el nombre de su familia, y puede también sin pena tomar el nombre que quiera; que no necesita el consentimiento paterno para unirse a otra familia; cuya cabeza para nada es contada en los derechos de representación; que no puede ausentes sus padres, representarlos en juicio ni fuera de él. ¿Qué derecho tiene este desdichado ser de nuestras leyes? Apenas señor puede pedir alimentos a sus padres cuando de otra manera no los tenga o cuando su edad, las enfermedades o los defectos que le transmitieron sus padres no le permitan buscar los medios de subsistencia. ¿Le negaremos pues el derecho, el único derecho que le dan nuestras leyes, de buscar a su padre y pedirle los alimentos que le son indispensables? ¿Por qué esta inmoral crueldad? Que se exijan pruebas determinadas de la paternidad cuando las leyes le dan una legítima en los bienes de su padre, ya lo entiendo; pero cuando en su desgraciada condición, él solo tiene derecho a pedir alimentos al que le dio el ser, no veo el menor principio de justicia para prohibir la indagación de la paternidad.

"Según estos principios se diversifican las legislaciones de

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

los diversos pueblos del mundo. Prohiben la indagación de la paternidad, la Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití y Hesse. La permiten la Luisiana, la Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, la Prusia, y todos los códigos suizos. Está vencido pues el argumento jefe que en la Cámara de Representantes hizo adoptar el proyecto, cual era la legislación de los principales pueblos del mundo como se dijo; y se ve que los principales pueblos del mundo permiten la indagación de la paternidad. Para mí bastaba que en el país del derecho, la Alemania, los códigos de las diversas naciones hechos después del código francés hubieran dispuesto lo contrario que éste. Para mí bastaba que el código prusiano, el código de la Nación de los grandes jurisconsultos no hubiese admitido la idea del código francés para decir que la razón y el derecho estaban por la indagación de la paternidad.

"Se dijo en la Cámara de Representantes y lo han publicado los diarios, que la legislación inglesa prohibía la indagación de la paternidad. Es todo lo contrario, señor. La indagación de la paternidad es admitida en el derecho inglés, y bastaba el juramento de la madre sobre el padre putativo para que éste diese alimentos al hijo. Esta legislación existió, dice Koenisguanter, hasta el año de 1834 en que se dio la ley por la que se impuso a la madre la obligación de alimentar al hijo hasta la edad de seis años. De ahí adelante la obligación es del padre. Si no se le encuentra, recaen los alimentos sobre la Parroquia; pero ésta tiene el derecho de buscar al padre en el juicio correspondiente y obligarle a dar alimentos a sus hijos. En el juicio no basta ya el juramento de la madre; son precisas otras pruebas accesorias que lo confirmen.

"Se ha dicho también que las leyes inglesas miran con tal odio al hijo natural, que no permiten la legitimación por subsiguiente matrimonio. En esto también hay una notable equivocación. Las leyes inglesas son mil veces más morales que nuestras leyes españolas. Bastardo por la ley inglesa es aquél que no solamente ha sido concebido, sino que aún ha nacido fuera de matrimonio legítimo. Entretanto por la ley española, hijo natural es el que ha nacido de padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento pudieran contraer matrimonio. Es decir, que un hijo concebido en adulterio, durante la ausencia del marido de la madre, puede convertirse en hijo natural si nace un mes, un día, después de la muerte del marido de la madre, cuando ya ésta puede contraer matrimonio con el adúltero. La ley inglesa no ha prohibido la legitimación por subsiguiente matrimonio. Si una mujer ha concebido un hijo fuera de matrimonio, con tal que se case una hora antes del nacimiento de éste, lo legitima cual si fuera hijo de matrimonio legítimo. Así entendemos lo que es cubrir el honor de una joven y evitar un escándalo. Pero nuestras leyes legitiman al primero, al segundo, al décimo hijo que haya tenido en un amancebamiento. ¿Qué honor van a cubrir con tales legitimaciones? ¿Qué moral se consulta con legitimar hijos de prostituidas en largos años de amancebamiento?

"Paso señor a otras fuertes consideraciones que han hecho sancionar en la Cámara de Representantes el proyecto que se discute. La indagación de la paternidad, se dice no debe ser permitida, por que da lugar a pleitos inmorales y escandalosos, pero precisamente las leyes la han permitido para evitar fraudes y escándalos de un orden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagación de la paternidad no tendría el resultado de descubrir un crimen. Las leyes no castigan la unión de personas libres. ¿Dónde está pues el descubrimiento del acto escandaloso? Entretanto, digo que las leyes la han permitido y han debido permitirla, por que ellas autorizan para dejar al hijo natural toda la sucesión con perjuicio de los ascendentes del testador; de otra manera, sería permitido exheredar a los ascendientes con sólo llamar hijo natural al heredero instituido. Las leyes han debido permitir la indagación de la paternidad en las cuestiones de partos supuestos, de falsas filiaciones tan comunes en los pueblos grandes. Las leyes lo han debido permitir toda vez que los padres quieran desconocer a los hijos legítimos; o toda vez que quieran darse otros hijos que verdaderamente no lo sean. Las leyes han debido permitirla en las cuestiones de filiaciones adulterinas. Si quitáis pues la indagación de la paternidad vais a dar lugar a verdaderos escándalos, y destruir todas las leyes que crean el orden de las familias.

"Mas, se dice, que se deben evitar esos pleitos escandalosos que trae la indagación de la paternidad ¿y de cuándo acá son tan castos los oídos de los tribunales de justicia? Yo he abogado en pleitos en los tribunales eclesiásticos y civiles sobre divorcios y nulidad de matrimonios por causas que la decencia no me permite ni indicar. Yo he abogado en pleitos sobre estupros, y en plena sala de justicia se han leído las cartas más obscenas de los amantes. Yo he visto procesos fallados por la cámara en audiencia pública de amancebamientos de padres con sus hijas, de hermanos con sus hermanas. He visto pleitos de adulterios donde eran probados los actos más ocultos en ese género de

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

delito. Quitad, señores entonces todos esos juicios porque son juicios escandalosos.

Pero suponed que una joven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto por cubrir su honor, y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo esta mujer se casa, es la madre de familia reputada honrada por su marido y por sus hijos, ¿permitiréis que el hijo tenido antes del matrimonio busque a la madre y le demande alimentos? ¿permitiréis este juicio escandaloso e inmoral que va a deshonrar a una madre de familia, y traer el desorden en toda su familia? Sí, contestan los autores del proyecto. La indagación de la maternidad debe ser permitida porque la madre es cierta, el hecho puede probarse; pero no la paternidad ¿y el escándalo, y la moralidad del juicio? Luego no es por la moral que se quiere prohibir la indagación de la paternidad sino por lo difícil de la prueba de los hechos. Con razón se diría, leyes hechas por los hombres; pero exíjase entonces pruebas completas y acabadas sobre la paternidad, pero no se prohiba la indagación de ella.

La madre siempre es cierta, y por esta vulgaridad de antigua jurisprudencia se permite la indagación de la maternidad y se prohibe la de la paternidad. En la naturaleza de las cosas la maternidad es cierta e indudable; pero no en el juicio, sino es que el juez hubiese asistido al parto. El juez tiene que decidir el caso por declaraciones de testigos, por presunciones, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales a las que pueden darse sobre la paternidad en lo que sea suficiente para causar una sentencia de alimentos, objeto único en las filiaciones ilegítimas según nuestras leyes.

"Además, el proyecto permite la indagación de la paternidad bajo las pruebas de escrituras públicas, de actos auténticos; y la niega por las pruebas comunes de presunciones, de los hechos accesorios que constituyen la posesión de estado. Eso parte de viejas ideas falsas en jurisprudencia. El Sr. Míttermaier ha demostrado al mundo de jurisconsultos que con conocimiento de la prueba por vista de ojo, de aquello que el juez ve por sus ojos, todas las demás pruebas son meramente de presunciones, y presunciones desmentidas todos los días, menores sin duda que las otras que pueden probar la filiación. La ley ha dicho dos o tres testigos hacen prueba completa, porque regularmente dos o tres testigos hablan la verdad. Mas nada más común en los juicios que dos o tres testigos afirmen un acto falso. La ley pues al fijar la verdad de la prueba testimonial se guía sólo por una presunción. Lo mismo sucede respecto a la escritura pública; se presume que en una escritura seria hecha ante un oficial público no ha de haber una falsedad o fraude; que han de ser ciertos los hechos que en ella se expongan. Entretanto, nada más común que las escrituras falsas y fraudulentas; nada más común que la suposición de contratos; nada más común que la falsedad de los hechos que un Escribano afirma que han pasado ante él. Lo mismo digo de los actos auténticos. Las leyes no pudiendo llegar a una perfección absoluta, se han guiado en la constitución de las pruebas por lo que regularmente sucede; por meras presunciones de hombre; presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuerte que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad. El padre natural ha reconocido a su hijo en una escritura pública. Se permite entonces el juicio sobre la paternidad. Pero yo digo que la posesión de estado es un verdadero reconocimiento más auténtico e indudable que el que resulta de una escritura pública. Cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella tratándole como hijo suyo; cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación; cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que él no lo ha reconocido de una manera tan probada como si lo hubiera hecho por una escritura pública o por una confesión judicial. Pero le falta el título público. Mas la posesión de estado es mejor que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento; un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes, es la prueba del jurado. ¿Qué es el jurado, Señores? La sustitución de la conciencia a la ley en la clasificación de las pruebas. La posesión de estado es así por su naturaleza una prueba más perentoria que los actos auténticos; es la evidencia misma, es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una corte francesa. El Juez puede pues por los hechos que constituyen la posesión de estado dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal. Desaparece pues lo que se ha creído una poderosa consideración para no permitir la indagación de la paternidad, la dificultad de la prueba; pruebas que pueden ser del mismo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

carácter que las únicas que pueden producirse para probar la maternidad cuando el Juez no ha asistido al parto.

"Los hechos que constituyen la posesión de estado cuando son bien probados, son recibidos como pruebas completas en los juicios, de cualquiera clase que sean. Un hombre ha confesado un crédito repetidas veces de una manera formal y ante diversas personas. Hechos accesorios confirman su confesión extrajudicial. Los jueces le mandarían pagar la deuda confesada. Otro en una carta ha reconocido deber. Si no niega su firma es condenado al importe de la deuda. La satisfacción de los intereses prueban la deuda del principal. La lógica del derecho va así creando el sistema probatorio. Entretanto, todos los hechos con que se daría por bien probada una obligación ¿no serán suficientes para probar la obligación natural que tienen los padres de alimentar a sus hijos? Pido a la Cámara que no olvide que nuestras leyes que tratan tan cruelmente a los hijos ilegítimos, sólo les han dejado el derecho de pedir alimentos a sus padres; y que ese es el objeto común de la indagación de la paternidad. ¿Cómo pues exigir pruebas más acabadas que las que constituyen la posesión de estado de hijo natural? La naturaleza y consecuencias de las cuestiones de alimentos ha hecho ordenar de una manera general que siempre que se trate de éstos son suficientes las pruebas menos acabadas. ¿Y por qué excluiríamos las pruebas comunes en las cuestiones de filiaciones, cuando sólo se trata de alimentos a personas tan desvalidas que necesitan del auxilio de terceros para conservar su vida? Borremos Sres. todo el derecho, toda la jurisprudencia, los principios más santos de justicia, si queremos prohibir la indagación de la paternidad.

'Votaré pues contra los proyectos en general, tanto contra el sancionado por la Cámara de Representantes como contra el que presenta la Comisión de Legislación.

XXIII

DICTAMENES EN EL EXPEDIENTE SOBRE AUTORIZACION PARA EL FUNCIONAMIENTO DE SOCIEDADES ANONIMAS EXTRANJERAS*

Exmo. Señor:

El que suscribe, como Representante el Inspector Principal de las compañías de Seguros Mutuos contra incendios, sobre la vida, y marítimos; deseando dar cumplimiento a las órdenes e instrucciones generales y especiales del Gobierno de S. M. C. (Q. D. G.) y de la Dirección General, ha dispuesto según lo ordena la Constitución de dichas compañías, el nombramiento de una Comisión Inspectora o Junta de Vigilancia, que a la par que sirva de garantía a los suscriptores influya en el buen crédito de dichas compañías; la cual se compone de los señores D. Vicente Casares, Vice-Cónsul de S. M. C.; D. José María Bustillos, Diputado, D. Federico Pinedo, Abogado, D. José Martínez de Hoz, comerciante, D. Antonio Terreros idem. Dicha Junta se forma con el objeto de inspeccionar las operaciones de Representantes de las susodichas compañías y hacer que se cumplan todas las disposiciones de los Estatutos de las mismas. De dichos señores, uno será investido con el nombramiento de Delegado del Supremo Gobierno del Estado, quedando a la elección de los otros, el nombrar de entre ellos, el Presidente, Vice-Presidente, Vocal 1º y Consejero.

En todos los países en donde se hallan instaladas las referidas compañías, se han corrido los mismos trámites; y el que suscribe, no duda, que un ilustre Gobierno, como el que dirige con tanto tino y acertado pulso las riendas del Estado Argentino, acojerá con paternal benevolencia a una empresa tan prós-

* Publicado en *El Nacional*, Buenos Aires, 30 de julio de 1858.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

pera y benéfica para los habitantes de este país, nombrando con la mayor brevedad a uno de los referidos Sres. delegados.

Y a fin de que tenga este pedido la fuerza legal necesaria, ocurre a la justificación de V. E. pidiendo se digne darle la superior aprobación; a cuyo efecto adjunta los poderes de que está investido, rogando se le devuelvan corridos que sean los trámites, que juzgue V. E. necesarios.

Por lo tanto, a V. E. pide se sirva proveer, como lleva expuesto, por ser de justicia &a &a.

Dios guarde a V. E. muchos años.

En Buenos Aires a 28 de Junio de 1858.

Por el Gobierno de S. M. C. y de la Dirección General.

Ramón Joaquín López de Casa Blanca.

Junio 23 de 1858.

Al Asesor:

RIESTRA.

Exmo. Señor:

El representante de las Compañías españolas de Seguros, expone: que ha procedido a nombrar una Comisión Inspectora, o Junta de Vigilancia, según lo ordena la Constitución de las referidas compañías, y pide que el Gobierno nombre el delegado que, con arreglo a los estatutos de la sociedad, debe nombrar, para la inspección y vigilancia del cumplimiento de las bases y disposiciones de dichas sociedades; mas no presenta esas constituciones para poder conocer a fondo el carácter de la Sociedad, que sólo puede comprenderse por la exposición que se hace en uno de los impresos acompañados; y por esta razón no podré dar a V. E. un dictamen positivo sobre su solicitud.

Sin embargo, para una resolución provisoria mientras no se presente la Constitución de la Sociedad, puedo decir al Gobierno, que como aparece de los impresos acompañados, *la compañía española de seguros mutuos sobre la vida*, ha necesitado ser autorizada por S. M. C. previa consulta del Consejo Real; es decir que es de aquellas sociedades que no pueden establecerse sin previa licencia de los Gobiernos. No basta la autorización de S. M. C., que es limitada al Reino de España, para que los agentes de ella, las Comisiones Inspectoras, o juntas de vigilancia, tengan en Buenos Aires, un carácter legal, ni menos para que sus administradores, o factores queden exonerados en sus personas y bienes del cumplimiento de las obligaciones hacia terceros con quienes contratasen o por fondos que recibieren.

Por la jurisprudencia general de la Europa, las sucursales, los administradores o factores de una sociedad anónima, o que por su naturaleza haya debido ser autorizada por el Gobierno del Estado en cuyo territorio está el domicilio principal, no pueden funcionar en país extranjero, ni gozar de las excepciones que le den los estatutos de la sociedad, mientras que ésta no haya sido también autorizada por el Gobierno del Estado donde quiera ponerse un factor o una administración subalterna y bajo la garantía positiva de tener en el país los fondos con que han de responder por los actos y contratos pasados en él. Así ninguna compañía anónima de seguros de cualquiera clase, hecha en España, Inglaterra, &a. &a., podría tener agentes caracterizados, ni existir como tal en Francia, mientras no hubiera sido autorizada también por el gobierno francés después de conocer sus estatutos, y cuando la garantía de sus obligaciones se hallare inamovible en el territorio de aquel imperio. Mientras así no se hiciere, todo factor o administrador de una compañía extranjera que ha necesitado para su existencia la autorización del Gobierno del domicilio principal, es obligado con su persona y bienes a la restitución de las sumas que hubiere recibido, y a los perjuicios que resultaren de la inejecución de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad.

Lo que pide, pues, el representante de la compañía de seguros mutuos, supone antecedentes legales que no han tenido lugar en Buenos Aires. Mientras ellos no existan, el Gobierno no puede acceder a su solicitud autorizando esa sociedad de una manera indirecta contra las prescripciones positivas de las leyes que nos rigen. — Buenos Aires, Julio 25 de 1858.

Dalmacio Vélez Sarsfield.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Julio 3 de 1858.

Dése vista de este expediente al interesado para que acompañe las Constituciones de la sociedad de que es representante.

MITRE.

Buenos Aires, Julio 19 de 1858.

Exmo. Señor.

D. Ramón Joaquín López, representante e inspector principal de las compañías de Seguros Mutuos contra incendios, sobre la vida, y marítimos, titulada *La Unión*, haciendo uso de la vista que V. E. se ha servido conferirme, del dictamen del Sr. Asesor de Gobierno, respetuosamente expongo: que en cumplimiento de lo dispuesto por V. E. en Superior decreto fecha 5 del corriente, adjunto los estatutos y reglamentos de la compañía, los estatutos especiales de la de Seguros Mutuos sobre la vida y el prospecto que registra las ventajas que ofrece la compañía y las obligaciones que contraen los suscriptores o asociados.

V. E. me permitirá que al cumplir lo dispuesto por el Superior Decreto mencionado insista en mi solicitud de 23 de Julio último haciendo algunas observaciones a la ligera, sobre el dictamen del Sr. Asesor de Gobierno.

El Sr. Asesor ha indicado a V. E. que habiendo necesitado la Sociedad que represento, el permiso de S. M. C. para ser organizado, no puede tratar y contratar en el extranjero, sin permiso del Gobierno del país donde contrate, y sin garantir en ese mismo país las obligaciones contraídas: yo debo hacer presente a V. E. con todo el respeto debido, que la teoría del Sr. Asesor, no la encuentro conforme a la jurisprudencia general en Europa, como dicho Sr. afirma, y aun pienso que no está consignada en la legislación comercial de ningún país. V. E. advertirá al momento, que admitida tal teoría el Gobierno de un país debe intervenir en todos los contratos que celebren sus moradores, con comerciantes o sociedades extranjeras, con el doble objeto de autorizar esos contratos y de garantir su ejecución; y una tutela de esta especie, no es conciliable con la libertad mercantil y el derecho de propiedad.

Lo que dispone la jurisprudencia general de Europa, y aún del mundo es que "para establecer una sociedad anónima, se obtenga el permiso de la autoridad de la localidad donde debe tener su domicilio principal y donde deben ser administrados los fondos sociales". La razón es obvia; la sociedad anónima una vez formada, es una persona moral con derecho civiles, y es la autoridad, la que debe darle existencia, fijar su naturaleza y establecer su organización. A este respecto es casi uniforme la legislación— El título 3º art. 57, del Código de Comercio Francés, dice "la sociedad anónima no puede existir sino con autorización del rey, y con aprobación del acta que la constituye"; una disposición equivalente se encuentra en el artículo 294 del Código Español que dice: "las sociedades anónimas que gocen de algunos privilegios acordados por el rey, para protegerlas, someterán sus reglamentos a su aprobación".

El Código holandés, el portugués, tienen iguales disposiciones, y también se dispone lo mismo, en el proyecto de Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires, artículo 405. Tal vez, esto es lo que ha querido decir el Sr. Asesor; pero V. E. se servirá tener presente, que yo no he pretendido formar una sociedad anónima en Buenos Aires; siendo mi única misión, contraer como representante de una sociedad anónima (formada en España legalmente), con los habitantes de Buenos Aires, que lo deseen, obedeciendo mis instrucciones como mandatario; y de cierto que para ésto, como para cualquiera otro acto mercantil, ya no necesito la autorización del Gobierno, ni la precisan a mi juicio los particulares que se asocian, desde que, según las leyes del país, es lícito a todo habitante, disponer de sus bienes, en la forma que lo estime oportuno o conveniente para él.

Al ocurrir al Gobierno, sólo he tenido en mira, proporcionar a los individuos que traten con la sociedad, una mayor garantía acerca del cumplimiento de mis deberes de mandatario, desde que ponía como inspector de mi conducta como ta, a un delegado del Gobierno, era para que estuvieran perfectamente seguros, de que sus inscripciones serían depositadas y remitidas inmediatamente a la Dirección General, en la forma que los estatutos lo disponen; pero de ningún modo me he propuesto que el Gobierno autorice a la sociedad, para contraer. Porque, siendo ella una persona moral de una existencia reconocida legalmente, no precisa ninguna autorización para existir, sino la de las leyes que la formaron y le dieron capacidad.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

El medio propuesto al Gobierno de Buenos Aires, ha sido propuesto en todas partes y ha sido admitido en todas partes también sin dificultad alguna; y recientemente en el Brasil y República Oriental; él no significa sino una vigilancia voluntaria a que se somete una sociedad que puede obrar libremente; puede V. E. rehusar o aceptar esa vigilancia, si lo estima conveniente; pero sin que tal resolución pueda afectar la personalidad legal de la asociación; pero V. E. sabe que es de jurisprudencia universal que las leyes relativas a la capacidad y estado de los contrayentes, no reconocen límites territoriales.

No existe, pues, en V. E. el poder legal para coartar las operaciones que haga la sociedad que represento con los particulares. No sería tampoco admisible, que se fijasen a los agentes, en los países que funcionen, responsabilidades especiales, distintas de las que ha establecido la ley que ha creado la asociación, ni menos dar a los fondos que se obtengan, objeto diferente. Los agentes están únicamente afectos a responsabilidad como mandatarios; es decir, dentro de los poderes que se le han confiado; ni aún los administradores tiene otra obligación y responsabilidad, según los códigos de todas las naciones: códig. Holandés, art. 39; Francés art. 22. Proyecto de Código de Buenos Aires art. 408. Si pues la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas respecto a terceros, aún en el país de su domicilio, están reducidos a la de obrar según los estatutos, y limitada hasta el momento de hacerse la inscripción en forma, ¿cómo podría obligarse a un agente encargado únicamente de remitir y recibir inscripciones, a responder indeterminadamente, del resultado del negocio?

El contrato se celebra entre una sociedad de España y un habitante de Buenos Aires. ¿Cuál es la ley que la reglamenta? Tal parece la cuestión del Sr. Asesor, y esa cuestión no existe, según el derecho moderno que ha establecido bien claramente la teoría de las leyes personales y reales. La ley que reglamenta ese contrato, es la del país donde exista el elemento predominante de la convención, donde se encuentran los motivos, la causa y el objeto de la convención donde debe cumplirse, en fin.

Tan cierto es lo dicho, Exmo. Señor, que los periódicos de Buenos Aires están llenos de anuncios y prospectos de diferentes sociedades de iguales fines que la que represento; ellas funcionan libremente, sin que a ninguna autoridad se le haya ocurrido intervenir en sus contratos. ¿Sucedería lo contrario en ésta, porque ha venido a ofrecer una garantía de más, con la

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

vigilancia del Gobierno que aquéllas no han acordado. Esto no es creíble ciertamente.

A mérito de lo expuesto, a V. E. suplico se sirva proveer como he pedido en mi anterior solicitud, por ser justicia &a.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Por la Compañía,

El representante e inspector principal,

Ramón Joaquín López

de *Casa Blanca*

Julio 20 de 1858.

Vuelva al Asesor.

MITRE.

Exmo. Señor:

Los estatutos de la sociedad que ha presentado D. Ramón Joaquín López, hacen ver que el "Porvenir de las familias" es una compañía de seguros mutuos sobre la vida, contra incendio &a. anónima en toda su extensión. Desde entonces, yo reproduzco señor, mi dictamen anterior, a saber: que una compañía anónima extranjera no puede obrar en el país sin previa autorización del Gobierno y que, si lo hiciere, sus agentes deben ser personalmente sometidos por sus actos a todas las consecuencias de la responsabilidad civil, y a las penas que resulten por nuestro derecho; y que, por lo tanto, no estando la sociedad que representa el Sr. López autorizada por el Gobierno, V. E. no puede acceder a su solicitud.

Yo no debo Sr. contestar como un traslado los fundamentos de derecho que en su último pedimento expone el Sr. López; pero expondré algunos antecedentes que servirán a demostrar las equivocaciones que ha padecido respecto a las sociedades anónimas extranjeras.

El decreto de 24 de agosto de 1826, prohibió, como lo

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

enseñaba la Jurisprudencia general, toda compañía anónima o consolidada sin previa autorización de la Legislatura.

Ya en el año de 1856, se anunciaban en esta plaza compañías extranjeras y anónimas de seguros con agentes, que, por sus constituciones, no eran en sus contratos, personalmnete obligados. Estas compañías habían sido autorizadas por gobiernos extranjeros, y se creían ellas dispensadas de pedir la autorización del Gobierno del país para los negocios que en él hicieran. Entonces, a mediados de 1856 el gobierno presentó un proyecto de ley a las Cámaras, sobre las sociedades anónimas extranjeras que quisiesen operar en el territorio del Estado, imponiéndoles la necesidad de obtener autorización del Gobierno pora su existencia, y en caso que así no lo hicieran imponer a sus agentes una absoluta responsabilidad por sus actos. Las Cámaras se ocuparon del proyecto, y suspendieron su discusión hasta tratar del título correspondiente en el código de Comercio.

El Sr. López verá por ésto que mucho antes de sus gestiones, yo, Ministro entonces del Gobierno, tenía las mismas ideas que he expresado en mi dictamen y que ellas fueron aceptadas por el Poder Ejecutivo.

Si la España nos presentara una sociedad para los adelantamientos morales de los pueblos, *si el porvenir de las familias* fuera una asociación para fundar escuelas, o esparcir buenos libros, o mejorar de alguna manera la condición de estos pueblos *poco civilizados, podría* haber alguna tolerancia en la rigidez de los principios. Pero sociedades de juego, sociedades de azar, sociedades de lotería como el *porvenir de las familias*, no merecen favor alguno, ni la autorización del Gobierno, aunque se pidiera en la debida forma.

El Sr. López cree que mis principios son singulares y que mis doctrinas no tienen ejemplo. El va a saber pues de dónde las he tomado, qué jurisconsultos las enseñan y qué naciones las han adoptado.

En 1846 el Gobierno francés nombró una comisión de comerciantes y abogados,, de la cual fue relator el célebre jurisconsulto Mr. Ortolan, de seis u ocho comerciantes y otros tantos letrados, para que le aconsejara los remedios a los males que traían las sociedades en comandita y anónimas. La comisión presentó un largo informe que lo hallará el Sr. López en la Revista de Legislación, en el tomo correspondiente al año 1846, en la página 111. En el capítulo 4º dice así, hablando al Consejo General de Comercio: "No resta ya sino someter a vuestras

deliberaciones una sola cuestión, la que es relativa a las sociedades extranjeras, constituídas bajo la forma anónima, que quisieran o que vinieran de hecho a operar en Francia. Vuestra comisión ha tomado por punto de partida este principio: que el comercio es de derecho de gentes cosmopolita; que no debe haber en él exclusión en cuanto a sus operaciones, ni en cuanto a los asociados, ni contra las personas extranjeras no pueden incontestablemente tener más derechos ni más facultades que los franceses".

"Por consecuencia, si se trata de sociedades anónimas extranjeras, ellas deben, para existir y obrar legalmente en Francia obtener las mismas autorizaciones, y someterse a las mismas condiciones que las sociedades froncesas; bien entendido que el Gobierno,sin contar todas las otras circunstancias que debe tomar en consideración, deberá exigir para dar su autorización, que los inmuebles, los valores, o fianzas destinadas a formar la garantía del público estén situadas o puestas en Francia y no en país extranjero."

"Si se trata de operaciones hechas a nombre de semejantes sociedades no autorizadas, no se puede ver en estas operaciones sino actos individuales, y los autores de estos actos, sean franceses o extranjeros, deben estar sometidos a todas las consecuencias de la responsabilidad personal, o de las penas que nuestra ley común establece en semejante caso, salvo al Gobierno, si la experiencia ha demostrado alguna laguna o alguna insuficiencia en las previsiones de la ley en cuanto a las penas a hacer proveer lo necesario por la autoridad legislativa."

"En resumen, la Comisión os propone adoptar las resoluciones siguientes: 4º En lo que concierne a las sociedades anónimas extranjeras; que estas sociedades deban estar sujetas para operar en Francia a las mismas condiciones, a las mismos necesidades de autorización que las sociedades francesas; y que todos aquéllos que, a nombre de semejantes sociedades, operasen en Francia, sin la autorización requerida, deben ser personalmente sometidos por sus actos a todas las consecuencias de responsabilidad civil, y a las penas que resulten de nuestro derecho.

El Consejo General de Comercio, dice Mr. Ortolan, adoptó en la sesión de 15 de Enero de 1816, las conclusiones presentadas en su informe a nombre de la comisión."

El Sr. López no hallará una más alta autoridad moral que la del Sr. Ortolan, y de los jurisconsultos y banqueros que dieron el informe anterior.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Yo, por mi parte, nada tengo que agregar a las palabras del primer jurisconsulto de la Francia.

Soy por lo tanto de dictamen que V. E. se sirva no hacer lugar a la solicitud del Sr. López.

Buenos Aires, Julio 23 de 1858.

Dalmacio Vélez Sarsfield.

Julio 27 de 1858.

Considerando: 1º Que por las leyes vigentes no se halla autorizada la existencia de las sociedades anónimas. 2º Que las únicas que funcionan autorizadas como tales, han sido constituidas por la Legislatura. 3º Que las sociedades anónimas extranjeras, cuyos inmuebles, valores o fianzas que forman la garantía del público, se hallan situados fuera del país, como sucede con la presente, no pueden dejar de estar sujetas a las leyes generales, para existir y obrar legalmente. 4º Que la ley sobre la materia, que ha de establecer la regla para lo futuro, se halla pendiente ante las honorables Cámaras; y 5º que, con arreglo a la letra y espíritu del decreto de 24 de Agosto de 1826, compete únicamente a la Legislatura autorizar la existencia de las compañías anónimas; conforme con el precedente dictamen asesorado, devuélvese esta solicitud al interesado, con los documentos que ha acompañado, para que, si lo halla por conveniente, ocurra a las Honorables Cámaras, comuníquese este decreto al Asesor, y publíquese este expediente.

Rúbrica de S. E.

MITRE

XXIV

DICTAMEN EN EL EXPEDIENTE SOBRE AUTORIZACION PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UNA SOCIEDAD ANONIMA CON EL OBJETO DE ESTABLECER MOLINOS A VAPOR *

Buenos Aires Julio 12 de 1858.

Exmo. Señor.

Los que abajo firmamos, de este comercio, y vecindario, ante V. E. respetuosamente exponemos que deseando hacer prácticos los beneficios del espíritu de asociación, promovimos la formación de una sociedad anónima, cuyo principal objeto fuera el establecimiento de uno o más molinos a vapor para la elaboración de harinas.

Reunido el capital suficiente, se encargaron las máquinas, y nos ocupamos en asamblea general de socios, de la discusión de los estatutos, determinando el capital social, la manera de formarlo —el modo de administración— y las condiciones de la emisión de acciones, en la forma que resulta del Reglamento impreso que debidamente presentamos.

Aunque las leyes vigentes no establezcan la necesidad de que V. E. autorice la formación de sociedades de la clase de la actual, hemos creído indispensable la autorización mencionada; estando a los principios generales de la materia que V. E. ha establecido en los proyectos sometidos a la Honorable Asamblea General.

El acto de formación de la sociedad y todas las deliberaciones que anteriormente han tenido lugar, consta en los libros de la sociedad, y estamos prontos a dar cuantos esclarecimientos sean necesarios.

En esta virtud, a V. E. suplicamos que, habiéndonos por presentados con los estatutos referidos, se sirva aprobarlos en

* Publicado en *El Nacional*, Buenos Aires, 30 de julio de 1858.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

cuanto haya lugar, mandándosenos de testimonio en forma del acto de autorización; pues es gracia &a.

Exmo. Señor.

José María Cullen.
Presidente.

Luis María Solé.
Secretario.

Julio 17 de 1858.

Al Asesor.

Exmo. Señor:

Por el decreto de 24 de agosto de 1826, por los principios de la jurisprudencia sobre sociedades, toda sociedad anónima, para existir debe ser autorizada por el Cuerpo Legislativo, y así se ha hecho en las que han existido y existen en el país como la del Banco de descuento, Ferrocarril, la del Gas &a. La sociedad anónima implica una derogación completa de los principios generales que rigen los intereses privados. — La abstracción llega a sus últimos límites. Como la sociedad anónima no es sino la simple asociación de capitales, toda individualidad desaparece; el fondo social es el único obligado. — El negocio de todos no es el negocio de persona alguna. — Así quedan derogadas las leyes generales de las sociedades que imponen la responsabilidad personal y la solidaridad absoluta de todos los socios en las sociedades colectivas, o la de los gerentes o administradores de las sociedades en comandita.

Para que el Cuerpo Legislativo pueda autorizar tales sociedades y dispensar las leyes generales, es preciso que el negocio sea de un interés público y que la ley lo determine de una manera cierta y muy positiva en toda su extensión.

A la sociedad anónima para un Banco le limitaría el negocio al descuento de letras, cambios, etc. A una sociedad para ferrocarriles, a sólo lo preciso para su construcción y servicio. Esto no puede hacerse en una sociedad para molinos a vapor que necesita contraer créditos que la ley no puede determinar, hacer compras y ventas en la extensión que quieran.

Con esta libertad en sus transacciones, los socios deben reconocer las obligaciones personales que las leyes generales les imponen, y no escudarse con lo anónimo de la sociedad cuando no ejecutaren los diversos contratos a que se hubieren obligado.

Las operaciones ya hechas por la sociedad de Molinos a Vapor es otro fuerte inconveniente que se presenta para acceder a la solicitud de su presidente. Los contratos y los créditos que creo son considerables, que tiene en plaza, están sujetos al carácter legal que tenía la sociedad cuando se contrataron, que no podía ser otro que sociedad colectiva. Y si esa sociedad se convirtiera ahora en sociedad anónima, ellas perderían las garantías personales que tuvieran en su origen.

Soy, por lo tanto, de dictamen que V. E. se sirva no hacer lugar a la solicitud del presidente de la Sociedad de Molinos a Vapor, o que se provea que ocurra a las honorables Cámaras.

Buenos Aires, julio 23 de 1858.

Dalmacio Vélez Sarsfield.

Julio 27 de 1858.

Considerando el Gobierno: 1º Que las sociedades anónimas implican una derogación completa de los principios generales que rigen los intereses privados; 2º Que la Sociedad de Molinos a Vapor, ha empezado a funcionar como sociedad colectiva, sujeta a lo que respecto de compañías de comercio dispone la legislación vigente; 3º Que la ley sobre la materia que debe establecer la regla para lo futuro, se halla pendiente ante las Honorables Cámaras; 4º Que con arreglo al espíritu y la letra del decreto de 24 de Agosto de 1826, compete únicamente a la legislatura autorizar la existencia de tales sociedades anónimas, conforme con el precedente dictamen asesorado, devuélvase esta solicitud al interesado para que ocurra a las Honorables Cámaras, si lo halla por conveniente; comuníquese este decreto al Asesor, y publíquese este expediente.

Rúbrica de S. E.
MITRE

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

XXV

PROLOGO A LA TRADUCCION DE LA OBRA DE JORGE T. CURTIS SOBRE LA HISTORIA DE LA CONSTITUCION DE ESTADOS UNIDOS *

Ita, ex varis quasi elementis, congregavit corpus unum, populumque romanum fecit.

FLORO, *lib. I.*

Y de elementos tan diversos aglomerados en un solo cuerpo, salió el pueblo romano.

Para estimar en toda su importancia la obra de la Constitución de los Estados Unidos, y el mérito de los hombres que la formaron, creemos conveniente indicar las circunstancias en que se hallaban las Colonias del Norte, cuya independencia había sido reconocida por la Inglaterra, y algunos incidentes y pormenores omitidos por el Sr. Curtis.

En 1786 era general el convencimiento de que la Confederación no podía mantenerse en el pie en que se encontraba. Desde 1781 hasta aquel año, el Congreso había hecho requisiciones a los Estados por más de diez millones de pesos, y no había entrado a tesorería sino la quinta parte de esta suma. El Congreso entonces declaró de la manera más solemne que la crisis había llegado y que el pueblo de los Estados Unidos debía declarar si quería o no guardar la fe pública en sus obligaciones. Los Estados parecían inclinarse a conceder al Congreso facultades para crear impuestos con tal que todos convinieran en esta medida; pero varios de ellos absolutamente se negaron.

El tratado mismo con la Inglaterra no había podido cumplirse, y las guarniciones inglesas todavía ocupaban sus puestos en el Oeste.

No era posible concluir tratados de comercio con las nacio-

Portada del libro de Curtis:

* *Historia del / orijen, formación y adopción / de la Constitución de los Estados Unidos* / por / Jorje Ticknor Curtis. / Traducida del testo inglés por J. M. Cantilo. / Con un prólogo / por el Doctor Don Dalmacio Velez Sarfield. / Buenos Aires / Imprenta del Siglo, Victoria 151. / 1866.

Dice el traductor: "Antes de publicar nuestro trabajo, y deseando hacerle preceder de un Prólogo que mostrase la verdadera importancia de la obra de Mr. Curtis, solicitamos de un distinguido Jurisconsulto, este obsequio, teniendo la satisfacción de ofrecer nuestra traducción acompañada del notable escrito con que fuimos favorecidos y por cuyo obsequio presentamos aquí nuestro agradecimiento a su autor". (pp. 7-8).

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

nes extranjeras porque no había seguridad de que sus provisiones fuesen cumplidas por los varios Estados.

En una palabra, las circunstancias eran tales que si el gobierno de la Unión no acababa por su propia debilidad, el menor accidente o convulsión podría hacerlo desaparecer.

En esos difíciles momentos un gran peligro apareció en el Estado que se había puesto a la cabeza de la guerra de la Independencia. Grandes tumultos, una verdadera insurrección, se levantó en Massachusetts, contra las cargas que ya sufría la población, y lo que era más singular, la mayoría de la cámara de representantes, parecía inclinada a contemporizar con los rebeldes. El Congreso en esas circunstancias con nada podía auxiliar al Estado para contener la insurrección. Los rebeldes fueron vencidos por los talentos y resolución del Gobernador del Estado Jaime Bondoin. Pero el suceso había causado una grande alarma no sólo en Nueva Inglaterra, sino en toda la Unión, al sentir este nuevo ejemplo de la impotencia del Congreso; y más, cuando era reconocido por los Estados que la Confederación no tenía poder paro intervenir en el caso de la rebelión de un Estado.

En esas circunstancias tan extraordinarias, al día siguiente de una guerra, como dice el Sr. Laboulaye, en medio de esas pasiones que sublevan las revoluciones y que como las olas del mar se agitan largo tiempo después que la tempestad ha pasado, emprendieron salvar la patria hombres que por su consagración al país, por la fuerza de su carácter, la energía de sus convicciones, no ceden en nada a lo que la antigüedad nos presenta de más noble. Washington, Hamilton, Franklin, Madison, nombres inmortales en la historia de América y del mundo. Fundando un Gobierno Nacional, a fuerza de luces, de coraje y de paciencia, cerrando la revolución, Washington y sus amigos salvaron una segunda vez a la patria.

A ese tiempo ya había tenido lugar la reunión en Anápolis de los comisionados de algunos Estados, para arreglar sus relaciones de comercio y mantener una fuerza naval en el Chesapeake. Nueva York había asentido a esta reunión y había nombrado por su comisionado a Hamilton, ya muy distinguido en la guerra y en la paz. El, entonces, por medio de un manifiesto, propuso a los varios Estados la reunión de una Convención General para tomar en consideración el estado de la Unión, pues no era posible reglar el comercio entre los Estados particulares, sin efectuar un cambio correspondiente en el sistema general del Gobierno. Los defectos de ese sistema eran la verdadera causa de los embarazos que sentían los negocios públicos. En los artículos de la Confederación estaba previsto que ningún cambio pudiese hacerse en ellos, a menos que fuese convenido por el Congreso, y confirmado por la legislatura de cada Estado. Pero se comprendía, que el Congreso, caído en una prematura decrepitud, no era el cuerpo propio para las reformas que eran indispensables, y por ésto se proponía una Convención especial para ese grande objeto.

El proyecto fue adoptado por los comisionados de Anápolis, y muy luego el Congreso por los peligros que cada día crecían, resolvió el 21 de Febrero de 1787 que el segundo lunes del próximo Mayo, se reuniese en Filadelfia uno Convención de Delegados nombrados por los Estados, con el objeto de revisar los artículos de la Confederación, y presentar al Congreso y a las varias legislaturas las alteraciones y provisiones que fuesen convenidos, a fin de que confirmadas por los Estados hicieran que la Unión pudiera conservarse, y que la Constitución federal correspondiese a las necesidades del gobierno.

En esta Convención se hallaban los hombres principales de aquellos Estados. Allí estaban como delegados de la Virginia Jorge Washington, sacado de su retiro del monte Vermont; el hombre que había dirigido el Congreso de 1774, el que con su poderosa palabra, había excitado a las colonias a no tolerar que el parlamento inglés se abrogase el derecho que nunca había tenido de gravarlas con impuestos; el general que, desde el primer día, había mandado los ejércitos de la Confederación hasta que por sus victorias, obtuvo el reconocimiento de la independencia de los trece Estados.

La Pensylvania había sido muy feliz en la elección de sus delegados. A la cabeza de ellos se hallaba Benjamín Franklin entonces de 82 años, el joven impresor que se mezquinaba los alimentos para poder comprar libros, el embajador que hallándose de repente en presencia de los reyes y en medio de las cortes de Europa, había probado que podía competir con los más hábiles diplomáticos de la Inglaterra y de la Francia. Por su venerable edad, por sus largos y grandes servicios, por su sereno y benigno aspecto, imponía respeto a toda la asamblea y lo veremos en el momento más crítico ceder ésta a su palabra y salvar con ella a toda la nación.

Con él había venido también por la Pensylvania el Gobernador Morris, reputado como uno de los superiores talentos de la América, que ya preveía y anunciaba los peligros de una democracia no organizada; y el que al fin redactó la constitu-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ción de los Estados Unidos. Roberto Morris, el que había dirigido la hacienda pública desde el día que se creó y Jaime Wilson, escocés, que tanto iba a ilustrar a la Convención con el conocimiento de las leyes y de las instituciones de su país, en lo que eran aplicables a su nueva patria.

Por la Virginia estaba Edmundo Randolph, que tantos servicios había prestado en la guerra de la Independencia.

Massachusetts había mandado a Rufo King, jurisconsulto eminente que lo veremos oponerse muchas veces a la Constitución que se proyectaba, pero que una vez sancionada fue el que más decididamente trabajó para que se adoptara por el Estado que había representado. Su nombre iba siempre unido a cada uno de los artículos de la Constitución.

Por Sud Carolina se hallaba Carlos Pinckey, soldado, abogado, bravo y generoso, consagrado a las miras de los Estados del Sud, pero pronto a someter sus opiniones, y hacer todo sacrificio por reunir en un cuerpo los miembros dispersos de la Confederación.

Había en la Convención dos jóvenes a quienes puede decirse que va a deberse la Constitución o la aceptación de ella; Jaime Madison por la Virginia, después presidente de los Estados Unidos, gran político y grande orador; y Alejandro Hamilton por Nueva York, el compañero de Washington en la guerra, su secretario, su amigo, el hombre de más extraordinario talento que conocía la América.

Había en la Convención otros hombres muy notables, como Lutero Martin por Marilandia, Jorge Mason de Virginia, etc., etc., cincuenta y cinco miembros represetando doce Estados, pues que Rhode-Island no concurría a la Convención.

Algunos pocos de los principales americanos se hallaban ausentes. Juan Jay era secretario de Negocios Extranjeros bajo el Congreso. Tomás Jefferson se hallaba de embajador en Francia, y Juan Adams en Inglaterra.

La presidencia de ese cuerpo se dio por voto uniforme a Jorge Washington. Sus sesiones eran secretas por el estado agitado de los espíritus. No nos ha quedado un diario de las importantes discusiones; pero Madison todas las noches escribía lo que se había tratado en la Convención. Después, el Federalista manifestó los fundamentos de la Constitución que se presentó a los Estados.

Las miras sobre la nueva política de la Convención eran

muy diversas o contrarias. Algunos Estados estaban por mantener el antiguo carácter de la Confederación, como una mera liga de Estados independientes con un Congreso compuesto de una sola Cámara, investido con algunos pocos poderes adicionales.

Para otras de las Colonias, el principio de aislamiento de la ciudad en que se basaba la Constitución de las antiguas repúblicas de la Grecia, era la forma política que se amoldaba a su estado social, a sus progresos naturales por su posición en las costas del Atlántico, y a los derechos mismos que sus pueblos habían conquistado a costa de tantos sacrificios. Era la forma bajo la cual habían vivido; y ahora con una soberanía actual que les constituía el gobierno propio, que no lo obtendrían bajo de una Constitución política que subordinase el Estado particular a un gobierno general de la Unión.

Pero la opinóon más general era la creación de un Gobierno Nacional. El sistema de aislamiento crearía sólo Estados excepcionales, débiles, improgresivos, cuyas constituciones y leyes estarían por necesidad en conflicto con las leyes e instituciones de los Estados vecinos; y en lugar de la fraternidad que se había creado entre ellos por sus mutuos esfuerzos para obtener su independencia de la Inglaterra, se vería nacer la discordia y la guerra por el choque de los intereses. Mejor era seguir el ejemplo de Roma que no se encerró en sí misma, sino que se extendió al exterior de ella, admitió en su seno otras ciudades, otros pueblos, otras razas de hombres. Su principio de asociación había hecho, que bajo el monte Palatino vivieran confundidos sin distinción de sangre, hombres de todos los rincones de la Italia, latinos, sabinos, grandes y pequeños, libres y esclavos.

Aunque algunos de los delegados deseaban ante todo una declaración solemne de los derechos de los hombres, el mayor número no lo creía necesario. Los individuos no tenían que deber sus derechos a las constituciones u organizaciones políticas. Dios mismo creando al hombre libre, inteligente y responsable le había dado derechos que todo legislador debe respetar. Toda enumeración pues de los derechos de los ciudadanos era inútil, como lo había demostrado la experiencia; viene después la legislación que regla y limita esas libertades.

Al comenzar los delegados a tratar de la constitución u organización de la Confederación, se advierte desde las primeras páginas del Sr. Curtis que por primera vez los legisladores que deben crear la constitución de una nación, no entran en combi-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

naciones artificiales ni pretenden formar una república de fantasía. Los delegados de la Convención no hacen valer grandes estudios especulativos, inútiles para la vida de los pueblos. El interés, la conveniencia de cada Estado, sus derechos y su poder actual, el gobierno propio de cada pueblo, ninguna soberanía exterior al Estado que pudiera limitar la libertad de los individuos, debían ser las condiciones de la Unión.

La constitución pues de un gobierno nacional presentaba inmensas dificultades; pero los delegados entraron resueltos a vencer esas dificultades que parecían insuperables. Con el resultado que dieron a su patria, podemos decir que la fortuna de las naciones, no es la obra de un ciego destino, y que ellas se la forman por el carácter, por la constancia y por la energía de sus actos.

¿Los Estados votarían por Estado como siempre habían votado en los Congresos precedentes, o las votaciones serían individuales? En este último caso, los Estados pequeños quedaban subordinados al mayor número que lo compondrían los Estados más poblados. Pero si no fuese así, los Estados menores, la minoría de una Cámara podría impedir la sanción de las leyes, y muchas veces ser éstas la mera voluntad de los Estados menores.

¿Los Estados serían representados según su población, o según su riqueza, o por una combinación de su riqueza y población? En la población ¿se contarían los esclavos? Los Estados que los tenían no cedían en este punto, pues los esclavos era una de las riquezas de ellos, y su elemento económico más poderoso. Ellos tampoco sometían a la legislatura nacional que se crease la condición de esas personas, la cual debía sólo ser reglada para cada Estado.

¿La nación debía o no mantener el comercio de esclavos? Los Estados esclavotas no cedían su posesión actual, ni entraban en la Unión, si quería variarse. Los delegados a la Convención no reconocían ninguna soberanía exterior al Estado; su reunión era voluntaria; nada les importaba el voto del mayor número; eran pueblos independientes que podían reunirse o no para formar una nación.

Dos soberanías no podían existir, la soberanía nacional y la soberanía de los Estados. ¿El Congreso debía tener o no un veto sobre las leyes de los Estados que causasen un conflicto con las leyes nacionales? Si las leyes de los Estados invalidasen las leyes nacionales, ¿podría el Congreso emplear la fuerza para

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

hacer cumplir sus leyes? Si no era así, ¿qué importaban las leyes que la nación diera? Los Estados no concedían al Congreso veto sobre sus disposiciones, ni le permitían usar en ningún caso de la fuerza contra alguno de los Estados. De la discusión de esta importante materia, se verá salir la creación del poder judicial de los Estados Unidos, que no tenía ejemplo en las naciones de Europa. Verdaderamente no quedaba soberanía alguna en la inteligencia común de esta palabra.

Los primeros hombres de la Convención querían crear un gobierno fuerte, con todos los poderes que la experiencia de los siglos demostraba ser necesarios para conservar las libertades individuales que el cuerpo nacional tuviese las facultades del parlamento inglés, la omnipotencia legislativa. Pero muchos de los Estados no cedían la soberanía de que estaban en posesión y sostenían la necesaria limitación del poder nacional; que no pudiese legislar sobre los Estados, pues que de otra manera se concluiría la existencia independiente de éstos; que era preciso restringirlo a objetos determinados que sólo debía comprender.

Entretanto era también de toda necesidad contener los abusos que se habían visto en los cuerpos legislativos de los Estados. El derecho de propiedad nada importaría si como había sucedido los deudores pudiesen en virtud de leyes promulgadas eludir el pago de sus obligaciones, si pudiese continuar en los Estados la facultad de emitir papel moneda, y en general, legislar a su albedrío sobre los bienes y las personas.

La Convención se halló en la alternativa de formar la Unión de sólo los Estados mayores unidos bajo la base de una representación proporcional; o de abolir el Gobierno de los Estados, y hacer de todo, un cuerpo. Pero ni lo uno ni lo otro era posible. Esta parte de la discusión de la Constitución es la más interesante porque su resultado fue acabar con el poder soberano y absoluto que tenían los cuerpos nacionales en todas las Constituciones conocidas y acabar al mismo tiempo con la soberanía de los Estados particulares limitando las unas por las otras.

La composición del Senado fue el punto donde fueron a chocarse los elementos diversos que habían combatido sobre la representación de los Estados en la Cámara de Diputados. Si la representación del Senado se hacía según la población, los Estados menores no entraban en la Unión. Si se hacía por igual representación de los Estados, todos los principios se violaban; el Senado no representaría al pueblo sino al Estado particular,

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

y era una consecuencia lógica que entonces en el Senado la votación sería por Estados lo que desnaturalizaba la esencia del cuerpo legislativo que debía ser el representante del pueblo de la Confederación, un cuerpo homogéneo, de un mismo origen en sus dos Cámaras.

En esta materia la historia de la Constitución es la más interesante. La comisión de compromiso para resolverla no halla medios *que proponer*; la Unión por lo que tanto se había trabajado, va a acabarse, cuando la voz de Franklin concluye la famosa cuestión.

Los Estados tampoco querían dar al gobierno nacional facultades ilimitadas para arreglar el comercio exterior. Las producciones de los Estados eran muy diversas, y en algunos insignificante la exportación de sus productos.

Si la exportación hubiese de sufrir imposición de derechos, la Constitución pesaría sólo sobre algunos Estados gravando y limitando su industria. La incidencia de los impuestos sería chocante, pues precisamente los más poderosos quedarían libres de ellos. Mas por otro lado, la facultad de la imposición a la exportación debía ser el primer derecho del gobierno nacional para procurarse rentas o para evitar que los impuestos gravasen demasiado la importación. El derecho absoluto de reglar el comercio haría que las leyes tendiesen, no a gravar la producción en el interior, sino que el impuesto fuese pagado por el consumidor extranjero.

Aún en casi todas las materias de detal, los miembros de la Convención diferían entre sí, y tenían que luchar con las influencias exteriores. Pero allí estaba el genio de Hamilton para evocar el orden desde el más profundo caos. Sin embargo, si sus grandes talentos, auxiliados por la poderosa voz de Madison y por la respetable palabra de Franklin, ilustraban todas las materias en discusión, ellos erraban sin duda en las bases sobre que debía levantarse la Constitución. Franklin sostenía, que el poder legislativo debía componerse de una sola Cámara y que el poder Ejecutivo debía residir en tres personas. Hamilton, que el Presidente y los Senadores debían tener su puesto por vida. Madison, que el Congreso debía tener un voto absoluto sobre las leyes de los Estados. ¿Quién formó pues, la admirable Constitución de los Estados Unidos? ¿Quién creó esa gran República sin unidad política, sin unidad en el derecho, sin unidad en la religión? El pueblo de aquella Nación, el buen espíritu; el patriotismo de los miembros de la Convención, el sentido común que halló medio para conciliar todos los intereses al parecer

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

esencialmente opuestos. Todas las dificultades se sometían a comisiones de compromiso, y allí los Estados manifestaron que nada era imposible para pueblos que buscaban de buena fe la unión y la conservación de sus primeros derechos. La historia del Sr. Curtis nos hace conocer la manera en que fueron resueltas dificultades tan insuperables, dando en su solución a las edades venideras la gran lección, que los intereses de todos los pueblos están en la más absoluta armonía, y que existe entre ellos una solidaridad fatal en la fortuna y en la desgracia.

De este modo, después de cuatro meses, de Mayo a Setiembre, de las más empeñadas discusiones que llenaban esos largos días, la Constitución al fin quedó firmada, y fue presentada al pueblo de los Estados Unidos para su aceptación, si la encontraba conveniente.

Algunos delegados continuaron protestando contra el plan propuesto, pero aquel famoso documento fue firmado por uno o más de los representantes de cada uno de los Estados presentes en la Convención. Cuando Franklin hubo de poner su firma, dijo aquellas memorables palabras que dirigieron la conducta de casi todos los miembros de la Convención: "Dentro de estas murallas nacieron mis convicciones contra varias de las disposiciones de la Constitución, dentro de estas murallas morirán. Yo espero que por la salud del pueblo, y en nombre de los intereses de la posteridad, olvidemos nuestras opiniones y recomendemos a los Estados la aceptación de esta Constitución." Tal era la importancia de este hombre, que ese consejo fue recibido como un precepto religioso.

Presentada la Constitución a los Estados, Hamilton y Madison que habían estado siempre en la más absoluta oposición el uno al otro, unidos a Jay comenzaron a publicar el *Federalista* para asegurar la aceptación de la Constitución: cuerpo de doctrinas que los americanos miran como la más completa exposición de los principios de la ley constitucional, y cuya influencia fue sentida en toda la Unión.

El primer Estado que ratificó la Constitución era Delaware, el 7 de Diciembre de 1787. Le siguió el importante Estado de Pensilvania influido por Franklin y por los trabajos de todo genero de Wilson. Después fue New Jersey, Georgia, Connecticut. Pero al principio del año 1788 todos calculaban que las principales batallas por la Constitución debían tenerse en Massachusetts, New York y Virginia y que aunque los tres Estados aceptasen la Constitución, aún se requería uno más para

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

llenar el número místico de nueve del cual todo dependía, pues que el Congreso había declarado que la Constitución sólo se pondría en ejercicio, si nueve Estados la aceptaban.

La Convención de Massachusetts después de largos debates la ratificó el 7 de Febrero por una pequeña mayoría. Marilandia la siguió en Abril, y Sud Carolina en Mayo. Había ya ocho votos; pero era dudoso que New York, Virginia y New Hampshire la aceptaran. Nord Carolina y Rhode-Island no querían pronunciarse. La Convención de la Virginia se reunió en Richmond a principios de Junio y la de New York en el mismo mes en Poughkeepsie, pequeña ciudad a 75 millas de New York. En la una estaba Madison, y en la otra Hamilton. Las páginas en que el Sr. Curtis nos refiere el medio de comunicación de Correos a caballo entre Hamilton y Madison para noticiarse de la marcha y resultado de las dos Convenciones, presenta un interés tal, que el libro no puede cerrarse.

En New York el gobernador Clinton y sus amigos eran los jefes que dirigían la oposición a la aceptación de la Constitución. Pero Hamilton estaba allí sin perder de vista el objeto que procuraba alcanzar. En los últimos días de la Convención de Poughkeepsie, las calles de New York estaban llenas de gente, esperando por horas la resolución de la Convención—Llegaban los Correos por la mañana. Hamilton tiene la palabra—Llegaba el correo a la tarde—Hamilton sigue combatiendo la oposición. Este hombre singular dirigía sus vigilantes ojos a las alturas del Este, esperando noticias de New Hampshire o volviéndose al Sud, esperando los Correos de la Virginia, con una firme paciencia y decidida fe sobre el resultado. Su extraordinaria solicitud correspondía a la gran causa.

En la Virginia, la oposición era llevada por Patrick Henry cuya varonil elocuencia y los grandes servicios que había hecho a su patria durante la guerra de la Independencia daban un inmenso poder a sus palabras.

Pero el joven Madison era el honor de aquel Estado; sus palabras eran poderosas, pero poderosos eran también los obstáculos que debía vencer. El era ayudado por los talentos de Marshall, el que fue después tan conocido entre los jurisconsultos como presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Todo dependía de Virginia. Si aceptaba la Constitución se llenaba el número de nueve Estados y era seguro que New York la aceptaría también. El grande orador por la Constitución correspondía a aquellas solemnes circunstancias.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Al fin New Hampshire aceptó la Constitución. Estaban ya los nueve Estados y muy luego a principios de Julio, llegó la gran noticia del triunfo de Madison, que la tierra de Washington había ratificado la Constitución.

La Convención de New York, aún trepidaba, pero no era posible abandonar el centro y el corazón de la Unión, dejando crear allí una república independiente.

Hamilton había vencido ya a la oposición y el triunfo obtenido en diez Estados, daba nuevos argumentos a los federalistas. El 16 de Julio, consiguieron al fin que la Constitución fuera aceptada.

Entonces sucedió lo que no ha tenido ejemplo sino en aquellos pueblos. New York y la Virginia celebraron la aceptación de la Constitución por once Estados de la manera más extraordinaria. Toda oposición había acabado. Los mismos que en la Convención General y en la Convención de los Estados se habían opuesto a su aceptación, se felicitaban de ver unidos a los once Estados bajo una Constitución que los pueblos unánimemente aceptaban; y elevaban hasta el cielo los nombres de Hamilton y de Madison presidiendo las fiestas populares con que se celebraba aquel suceso.

Washington resultó electo presidente por votación unánime en los diversos Estados. Se había señalado el primer miércoles de Marzo del año siguiente, 1789, para llevar a efecto la Constitución e inaugurar el primer Gobierno nacional. En esos días los templos estaban llenos, implorando la bendición del cielo sobre el nuevo gobierno. Adams elegido Vice-presidente conducía a Washington a la silla presidencial que estaba en un gran balcón de la casa del Congreso, y allí el canciller Livingston le tomó el juramento, y el Secretario del Senado le presentó la biblia. Washington respondió: "Yo juro, Dios me ayudará", se hincó y besó la biblia. El canciller entonces lo proclamó Presidente de los Estados Unidos, y en alta voz exclamó: *Larga vida a Jorge Washington, larga vida a la Constitución de los Estados Unidos;* exclamación que un numeroso pueblo repetía, en medio de las salvas de artillería.

Así principió el primer gobierno de la gran república, y la Constitución que debía cambiar la faz del mundo.

Esa Constitución y la historia de su formación será meditada con la más profunda emoción, por sus admirables efectos en aquellos territorios y por los que prepara a la América toda, y a la Europa misma, ahora y en las futuras edades; por sus

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

consecuencias en la libertad y felicidad de todos los pueblos; por los directos y tácitos cambios que ella va forzando a hacer en todo cuerpo social por el establecimiento de un nuevo y poderoso imperio, el imperio de la opinión pública, aboliendo el imperio meramente personal; por la dignidad a que ella eleva a los pueblos y a los individuos mostrándoles que el único gobierno libre, es el gobierno propio, el gobierno del pueblo. Si es cierto que una Constitución política no puede aspirar a la universalidad, es sin embargo indudable que la Constitución de los Estados Unidos crea principios y provisiones que el tiempo hará que todas las naciones se los asimilen en la Constitución de sus poderes sociales.

Los diversos Estados reunidos en la Convención, regidos entonces por muy diferentes Constituciones, tomaron muy luego el ejemplo de la Constitución nacional, y puede decirse que se han uniformado tanto en su modo de ser político como si la misma Convención hubiese votado sus leyes constitucionales. Esos pueblos, esos Estados, entonces dispersos, que aún observaban sus diversas Constituciones coloniales, forman hoy por el espíritu de sus instituciones, por su organización interior, una masa homogénea, una nación fuertemente consolidada, regida y gobernada por iguales principios.

Su poderoso ejemplo en el exterior, las lecciones que su estado feliz presenta a la potencia misma que le disputó su independencia, ha acabado o acabará el sistema colonial con que fue oprimida la América, por 300 años. Hoy las colonias inglesas, hermanas de las antiguas colonias del Norte, tienen un gobierno propio, son pueblos libres. La Inglaterra les dice todos los días: *Wayward, sisters; andad hermanas mías,* y con toda sinceridad les asegura que cuando ellas quieran separarse de la metrópoli, y gozar de su independencia absoluta, no opondrá ningún obstáculo y será la primera en reconocerlas como Estados soberanos, esperando que prosperen como los Estados Unidos, para ser como ellos una tierra de abundancia, donde la Gran Bretaña irá, por su comercio y su industria, a nutrir las fuentes de su riqueza.

La Constitución garantizó a los Estados la forma republicana: acabó en América el sistema monárquico, en presencia y a despecho de las grandes monarquías de la Europa. Todas las colonias de la América española imitando a los Estados Unidos, se constituyeron en repúblicas. La democracia se extendió por todo el nuevo mundo; no hay individuos ni clases privilegiadas; los países se pertenecen a sí mismos. Sus conquistas son inmensas en los reinos e imperios de la Europa, y quién sabe si ella es el medio de que la Providencia se sirve, como dice Toqueville, para dar al mundo otra forma social.

El fundamento de la Unión americana ha resuelto el problema de una gran república, que gobierna un vasto territorio y una numerosa población. Un sistema que limita los objetos de la legislación nacional y deja los intereses domésticos a las autoridades locales, hace que el crecimiento de la nación no tenga otros términos que su extensión territorial; y así se ve que los pueblos de la Nueva Inglaterra, son tan fácilmente gobernados como los que están situados sobre el Pacífico. Resolución de un gran problema que los publicistas juzgaron imposible. La Constitución pues, es tan remarcable por lo que rehusa a los poderes públicos, como por lo que les acuerda.

En los Estados Unidos todas las libertades están garantidas por las instituciones más sólidas. La libertad individual, la libertad de la palabra y de la prensa, la libertad de los cultos, la libertad de la enseñanza, la libertad de los bancos, y de todo trabajo y de toda industria, no son teorías que la práctica desmiente.

A los 70 años de la existencia de aquella República, la Constitución que la creó ha puesto en sus manos la lumbrera de la civilización; ¡cuánto han ganado las ciencias, las artes, el comercio, la industria, y cuánto ha ganado y ganará en adelante la especie humana con el principio, base del ser de los Estados, la educación del hombre, y el mayor poder de los pueblos ilustrados! Figurémonos lo que sería hoy el mundo si no hubieran existido los Estados Unidos, o si dejaran de existir, y entonces seremos forzados a reconocer que esa constitución, no fue obra de manos de los hombres, sino el destino cumplido de las generaciones que llegaban.

El estudio más útil de esa Constitución, será a nuestro juicio el que se haga de la obra del Sr. Curtis. Ella nos demuestra su importancia histórica y científica, enseñándonos los diversos medios que los hombres de aquella famosa Convención tentaron para formar la Unión americana; las dificultades que vencieron por los medios más singulares; los principios y doctrinas de un nuevo derecho constitucional, creado por primera vez; el estado de los pueblos que debía regir; todos los antecedentes históricos y científicos indispensables para comprender el sistema de la Constitución, y la posición relativa en que después de ella quedaron la Nación y los Estados que la formaron.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

INDICE

Pág.

Advertencia preliminar 13

I. Causa de los embargados por opiniones políticas. 1847 15

II. Causa de los señores Juanicó. Sobre posesión de herencia. 1846 31

III. Cuestión de filiación de D. Francisco Berdier y doña Vicenta Ramíres. 1849 63

IV. Causa de Don Miguel Azcuénega con Da. Vicenta Costa. Sobre nulidades absolutas y relativas en los actos jurídicos. 1840 79

V. Causa de don Juan Bautista Peña con Jaime Llavallol. Acerca de promesa de venta, venta y posesión. 1849 91

VI. Causa de doña Bernarda Frías de Gorostiaga con su hijo don Domingo Gorostiaga. Sobre nulidades procesales y posesión 129

VII. Causa de doña Máxima Z... con su marido don Julián V... Divorcio por injurias. 1846 147

VIII. Causa de don Simón Herrera con D. José María Oyuela. Sobre defectos sustanciales y formales de un exhorto y las facultades del juez requerido para conocer en la causa 171

IX. Causa de don Manuel Haedo con don Lorenzo Uriarte. Recurso de nulidad e injusticia notoria acerca del alcance de la rendición de cuentas del administrador 187

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

Pág.

X. Pleito de don Felipe Senillosa con los señores Ximenes y Ogorman. Sobre caminos públicos ... 203

XI. Pleito de don Francisco Juanicó con la señora Himonet. Sobre un contrato de locación. La aplicación del auto acordado para las casas de Madrid 213

XII. Pleito de don Francisco Letamendi con el señor Dr. D. Vicente Anastasio Echevarría. Sobre compraventa de una chacra y el pago de su precio en letras 221

XIII. Defensa de don Faustino Lezica. Sobre quiebra fraudulenta 245

XIV. Causa criminal contra don Esteban y José María Yáñez. Sobre homicidio y sus medios probatorios 271

XV. Causa de D. José Olaguer Feliu con D. Juan de Almagro. Sobre pago de arrendamiento 293

XVI. Sobre el pase de las Bulas presentadas por el señor Escalada para Obispo Diocesano de Buenos Aires. 1855 307

XVII. Sepultura de los suicidas. 1856 315

XVIII. Dictamen del Asesor General de Gobierno y resolución expedida de conformidad en el expediente promovido por varias suplicantes, a fin de fundar un convento de Hermanas de la Merced en esta ciudad. 1857 319

XIX. Dictamen sobre el requisito de la licencia eclesiástica para la impresión de libros religiosos. 1857 323

XX. Dictamen sobre la derogación del decreto de 1836 acerca de quitas y esperas. 1858 325

XXI. Dictamen sobre facultades de la Policía para allanar las casas de los particulares en asuntos criminales 329

XXII. Discurso pronunciado en la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires el 20 de julio de 1858 acerca de un proyecto prohibiendo la investigación de la paternidad 335

Pág.

XXIII. Dictámenes en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas extranjeras 343

XXIV. Dictamen en el expediente sobre autorización para el funcionamiento de una sociedad anónima, con el objeto de establecer molinos a vapor 353

XXV. Prólogo a la traducción de la obra de Jorge T. Curtis sobre Historia de la Constitución de los Estados Unidos 357

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.

Vélez Sarsfield, Dalmacio
Escritos jurídicos. Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1971
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales "Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino XI"

ESTE LIBRO SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE
A. BAIOCCO Y CIA. - CENTENERA 429-61
BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA
EL DIA 18 DE MAYO DE 1971

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico.