

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

DIRECCION Y ADMINISTRACION: ESC. DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES - CASILLA 49

AÑO X - CONCEPCION (CHILE), JULIO - DICIEMBRE DE 1942 - Nos. 41 Y 42

INDICE

| | | |
|-------------------------------|--|-----------------|
| BERNARDO GESCHE MÜLLER | EL CONTRATO COMO MODO DE ADQUIRIR | PAG- 149 |
| ORLANDO TAPIA S. | LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (CONTINUACION) | " 153 |
| EMILIO RIOSECO E. | NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS | " 167 |
| | ANTEPROYECTO PRESENTADO POR EL DR. ANGEL OSSORIO Y GALLARDO DE CODIGO CIVIL PARA LA REP. DE BOLIVIA | " 217 |
| | MISCELANEAS JURIDICAS. | |
| | EXTREMISMOS LEGALES | " 243 |
| | JURISPRUDENCIA: | |
| | NULIDAD DE CONTRATO Y CANCELACION DE INSCRIPCION | " 255 |
| | ABANDONO DE LA INSTANCIA | " 269 |
| | SOBRE NULIDAD DE CONTRATO Y DE TRADICION | " 283 |
| | NOMBRAMIENTO DE ARBITRO | " 293 |
| | CUMPLIMIENTO DE CONTRATO | " 295 |
| | COBRO DE PESOS | " 299 |
| | EJECUCION | " 303 |
| | CANCELACION DE INSCRIPCION | " 311 |
| | EJECUCION | " 315 |

Nos es grato publicar en este número el anteproyecto de Código Civil para la República de Bolivia, redactado por el jurisconsulto español don Angel Ossorio y Gallardo, cuyo interés aparece acrecentado por las notas que el mismo tratadista ha puesto al pie de los artículos del anteproyecto, en la forma que aquí aparece. En el próximo número publicaremos las observaciones y modificaciones que se han hecho a este anteproyecto en el seno de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia.

ANTEPROYECTO PRESENTADO POR EL DR. ANGEL OSSORIO Y GALLARDO DE CODIGO CIVIL PARA LA REPUBLICA DE BOLIVIA

LIBRO PRELIMINAR

Disposiciones Generales (1)

(1) La materia de estas disposiciones no es estrictamente civil. Un viejo hábito ha venido a constituirlas en temas de derecho genérico y aun frecuentemente en materia más propiamente constitucional, porque no hablan de las leyes civiles sino de todas las leyes, de su fuerza, de su retroactividad, de su derogación, de la función de los Tribunales de Justicia y de otros asuntos que se relacionan más con el Derecho público que con el puramente privado.

Acaso el antecedente inmediato de todo esto sea el Código francés, pues va precedido de un "Título Preliminar" denominado "De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general". Consta sólo de seis artículos. El Código boliviano, por ser de los más directamente inspirados en el francés, acogió literalmente el epigrafe de ese título y tradujo en cinco artículos todo el contenido de aquél. Suprimió únicamente dos preceptos relativos a las

funciones judiciales y así se limitó a disponer que las leyes obligan en todo el territorio boliviano en virtud de su promulgación (artículo 1.º); que no pueden tener efecto retroactivo (artículo 2.º); que los bienes inmuebles, aunque sean poseídos por extranjeros, quedarán sometidos a la ley boliviana (artículo 3.º); que las leyes de policía y de seguridad obligan a cuantos habiten en el territorio (artículo 4.º); y que las leyes que afecten al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser renunciadas por convenios particulares (artículo 5.º). Nada más. Pero basta esto para darse cuenta de que este título previo no se refiere al Derecho Civil sino a todo el Derecho del país. Otros Códigos acentuaron esta política de generalización. El de Venezuela denomina su "Título Preliminar" casi idénticamente al boliviano, "De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación", y aunque sólo tiene 14 artículos, la substancia del valor de las leyes por sí mismas, aparece considerablemente ampliada pues, además de los preceptos bolivianos, surgen otros que tratan de la ignorancia de la ley, de su interpretación literal e intencional, del Derecho por analogía, de la derogación de la ley, de su aplicación a los extranjeros y a los venezolanos que residan en el extranjero, de la forma extrínseca de los testamentos y de los actos inter vivos, del cómputo del tiempo, del idioma y de la preferencia de las leyes especiales.

El Código del Brasil tiene también una "Introducción" sin denominación especial y aunque sus artículos no pasan de 21, la materia tratada en los otros Códigos se amplía a puntos interesantes tales como la falta de valor de la ley frente a los derechos adquiridos, a los actos jurídicos perfectos y a la cosa juzgada, las normas del Derecho Internacional Privado, los medios de prueba, los derechos sucesorios, la competencia de Tribunales, la ejecución de sentencias extranjeras y el régimen de las personas jurídicas nacionales y extranjeras.

El Código de Méjico, contiene también, sin numeración capitular, unas "Disposiciones generales" que alcanzan, como en Brasil, el número de 21. Sobre las materias tratadas en otras partes, aparecen tres de excepcional novedad, relativas a la capacidad de la mujer, al abuso del derecho y a la existencia de derechos en pugna con la moral.

En Cuba hay un "Título Preliminar" con 16 artículos copiados literalmente del Código español, al que aludiré dentro de poco.

El Código argentino contiene una parte de "Títulos Pre-

liminares" que son dos, el primero llamado "De las leyes" y el segundo "Del modo de contar los intervalos del Derecho", materia bastante leve para requerir un Título especial. Sus 29 artículos son bastante discretos y bien redactados y entre ellos merecen señalarse como de excepción, los que aluden a la esclavitud, a la titulación de bienes inmuebles y muebles y a la aplicación de las leyes extranjeras. El proyecto de reforma del Código pendiente del examen del Congreso, sólo tiene 13 artículos redactados con gran acierto de condensación, pues en ellos están todas las materias que otros Códigos contienen, ya que se refieren al carácter obligatorio de la ley, al régimen de la capacidad, a los principios a que deben ajustarse las leyes, al régimen de los bienes, a la forma de los actos jurídicos, a las leyes extranjeras inaplicables, a las reglas para los jueces, a la derogación de las leyes, a los actos prohibidos por la ley, a la renuncia de las leyes, a la ignorancia de la ley, a la limitación de la libertad de contratar y al modo de contar los plazos.

El del Perú abarca iguales materias que todos los anteriores, divididas en XXV apartados. Condena el abuso del derecho.

Pero hay otro grupo de Códigos que regulan el tema con mayor extensión y aun dividiéndola en capítulos varios. No detallaré las materias que comprenden, porque ello daría a esta nota proporciones exageradas, pero reseñaré la distribución de temas para que el lector pueda tomar idea del contenido. Así, el Código del Ecuador tiene un "Título Preliminar" que se divide en seis capítulos con 49 artículos en conjunto, epigrafiados de este modo: *De la ley. De la promulgación de la ley. Efectos de la ley. Interpretación de la ley. Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes. Derogación de las leyes.* El Código de Panamá muestra un "Título Preliminar" con los siguientes capítulos: *De la ley, Efectos de la Ley, Interpretación y aplicación de la ley, Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, Derogación de las leyes.* El de Colombia empieza por incorporar a su "Título Preliminar" el Título III de la Constitución que trata *De los derechos civiles y garantías sociales* y luego en 72 artículos distribuye estas materias: *Objeto y fuerza de este Código, De la ley, Efectos de la ley, Interpretación de la ley, Definición de algunas palabras de uso corriente en las leyes. Derogación de las leyes.* El de Chile tiene otro "Título Preliminar" con 53 artículos titulados de modo casi idéntico a los que acabo de señalar, pero con una

ampliación doctrinal a mi entender inadecuada y excesiva. (Preceptos sobre la familia, sobre la culpa, sobre la caución, etc.). La misma particularidad se observa en los de Colombia, Panamá y Ecuador. Además de los puntos que dejo indicados, se ocupan de las sucesiones, de la prescripción, del valor de los instrumentos, de las presunciones, etc. Hay como una obsesión de prevenirlo todo, de abarcarlo todo, sustrayéndolo a los títulos de las correspondientes materias y aun a los Códigos procesales. El sistema no me parece recomendable.

El Código español lleva un "Título Preliminar" donde trata en 16 artículos los ya muy señalados temas sobre las leyes, su fuerza, su interpretación, etc., pero dedica varios de esos textos al problema, siempre candente en España, de la compatibilidad entre la legislación general y los derechos regionales de Cataluña, Aragón, Vizcaya y Baleares.

Es dato curioso que un Código tan moderno e innovador como el alemán no contenga "Título Preliminar" ninguno y empiece ocupándose de las personas. Algo análogo sucede con el ruso, cuyo capítulo I se titula "Principios fundamentales" y sólo contiene tres artículos. Según el primero, "los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo el caso en que sean ejercidos en sentido contrario a su destino económico y social". Según el segundo "los litigios civiles son resueltos en las formas judiciales y la renuncia al derecho de recurrir a la justicia, es nula. Los litigios relativos a derechos patrimoniales entre órganos del Estado, serán resueltos en las formas establecidas por un reglamento particular". Según el tercero "las relaciones agrarias, las relaciones nacidas del arrendamiento de la fuerza obrera, y las relaciones familiares, son reguladas por Códigos particulares". Nada más. Todo lo referente a la ley, su aplicación, su valor, su interpretación, etc., no figura en el cuerpo legal.

Lo dicho basta para explicar que en este Libro (así me atrevo a llamarle porque tiene materia propia diferenciada de todos los demás) he de tratar diferentes cuestiones graves que escapan en mucho a los cinco modestísimos artículos del Código boliviano vigente. Me esforzaré en que no tenga amplitudes desmesuradas pero habrá que sentar en él concepciones genéricas que sirvan de orientación e iluminación para el articulado que luego habrá de desarrollarse.

ARTICULO 1.º

La ley obliga a todos los habitantes de Bolivia, sean nacionales o extranjeros, siempre que esté dictada por los órganos legales constitucionalmente y promulgada y publicada con igual legalidad.

La misma fuerza obligatoria tendrán las disposiciones del Gobierno, de los organismos administrativos y de los municipios, dictadas dentro de la órbita legal de sus respectivas jurisdicciones. Los habitantes de Bolivia quedarán dispensados de la obediencia a las disposiciones que no estén legalmente dictadas. Y si, para dictarlas, se hubiese adueñado del poder público un órgano anticonstitucional, el pueblo quedará exonerado del deber de obediencia y relevado de cumplir las leyes, de pagar los impuestos y de respetar las órdenes de la autoridad ilegítima, así como de acudir a sus llamamientos.

Cada ley o disposición administrativa deberá publicarse en los periódicos oficiales y determinará con precisión la fecha, una o varias, en que debe empezar su cumplimiento, tomando en cuenta las distancias, los medios de comunicación y los elementos de divulgación (2).

(2) A.— Las corrientes políticas, escandalosamente abusivas que se van adueñando del mundo (golpes de Estado, tiranías, totalitarismos) requieren que se defina de una vez por todas lo que es ley y lo que no es ley. Y ley no puede ser otra cosa sino la disposición emanada de los órganos constitucionalmente investidos de la potestad necesaria para dictarla. Ello es tanto más necesario cuanto que los Tribunales de Justicia han solido dar una prueba lamentable de cobardía, abandonando la aplicación de la ley legítima y declarando obligatoria la voluntad caprichosa del déspota de turno. Supongo que en América se habrán conocido bastantes casos de esta especie. Por mi parte declaro con rubor que el Tribunal Supremo de España aceptó tan bárbara doctrina cuando el país quedó sometido durante cerca de siete años a una dictadura inmoral y analfabeta. Y ahora mismo nos

están dando prueba de tan depresivo servilismo los Tribunales franceses, prestándose a obedecer a un gobernante ilegítimo y arbitrario para enjuiciar a un régimen político en el cual estuvieron encuadrados y al cual sirvieron de buena gana.

Repudiar el Poder ilegítimo es una necesidad y un derecho en todos los países. Pero en Bolivia, es, además, una obligación porque — para honra de la Nación — su Constitución afrontó dignamente el tema. El artículo 3.º dice: "La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La independencia y coordinación de estos Poderes es la base del Gobierno". Y el artículo 4.º: "El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por la ley. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuye los derechos del pueblo, comete delito de sedición".

Es, pues, forzoso secundar la loable iniciativa constitucional declarando categóricamente lo que es ley y lo que no es ley.

Los Códigos civiles de Chile, Ecuador y Colombia, no hacen una declaración tan rotunda como la que yo propongo, pero, por lo menos, señalan lo que, a su entender, es ley y lo hacen en términos jurídicos y liberales. Ley — según ellos — "es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescripta por la Constitución, manda, prohíbe, permite o castiga". Dicho así lo que es la ley, queda sobreentendido que todo lo que no es eso, no es ley ni tiene fuerza de obligar. Pero en los tiempos que corremos, conviene decirlo categóricamente.

Más tímidamente pero con igual sentido, el proyecto del Código argentino dispone en su artículo 3.º que "las leyes deben ajustarse a los derechos y garantías declarados en la Constitución nacional".

Mi propuesta va encaminada a robustecer esta orientación tan apremiante en el tiempo presente.

B.—No sería justo robustecer la fuerza del Poder legislativo sin hacer otro tanto con los órganos gubernativos mientras se muevan en la órbita legal de sus atribuciones. Es esta otra necesidad urgentísima, pues resulta indispensable mantener *Gobiernos fuertes* si se quiere huir del bochorno de recurrir a los *Gobiernos de fuerza*, que son cosa enteramente distinta y aun contradictoria de aquéllos.

Cada día es más difícil acudir a las necesidades sociales utilizando serenamente las deliberaciones y votaciones de las

asambleas parlamentarias. Los Gobiernos han de atender a urgencias apremiantísimas y para ello es necesario dotarlos de una flexibilidad y de una libertad de movimientos que les permita servir el interés público sin tener que extralimitarse en sus funciones. La Constitución republicana española tan liberal y tan avanzada, reconoció prudentemente esa precisión y reguló el modo de que el Gobierno legislara mediante las siguientes medidas: estableciendo en el artículo 90 la facultad de dictar Decretos y ejercitar la potestad reglamentaria; permitiendo en el artículo 61 que el Congreso autorice al Gobierno para que legisle por Decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder Legislativo, sin que esas autorizaciones puedan nunca tener carácter general ni implicar aumento de gastos; facultando al Presidente de la República para someter a las Cortes los proyectos de Decretos que se crea se oponen a alguna de las leyes vigentes; autorizándole asimismo para ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o la seguridad de la Nación, sin perjuicio de dar cuenta inmediata a las Cortes; permitiéndole igualmente, cuando no estén reunidas éstas, mediando acuerdo unánime del Gobierno, y aprobación de los dos tercios de la Diputación permanente del Congreso, estatuir por Decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en casos de urgente decisión o de defensa de la República, sin que la vigencia de esos decretos pueda durar más tiempo que el que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia. Bien se ve que la autoridad del Gobierno queda así firmemente establecida, sin detrimento de las esencias legislativas del Parlamento.

En los Códigos civiles americanos, no se encuentran preceptos que se cuiden de robustecer así al Gobierno, pero sí algunas disposiciones aisladas que lo hacen. En Colombia, una ley de 1887, declaró que los Decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes; y que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probable. Ambos preceptos fueron luego recogidos por la Constitución.

Quien incluye precepto análogo en su articulado, es el Código de Panamá, el cual tomándolo de la Constitución

nacional, dispone que "las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes".

Por todo esto me ha parecido conveniente equiparar la fuerza obligatoria de las disposiciones administrativas, dentro de su órbita legal, a la fuerza misma de las leyes para hacerlas respetables, de igual manera, y evitar que los Gobiernos abusen de su poder pretextando que no tienen fuerza legítima suficiente, para cumplir sus menesteres.

C.—Reconozco que el párrafo 2.º podrá ser mirado por muchos como revolucionario. Ciertamente, su lugar estaría más adecuado en la Constitución, pero ya que no se encuentra en ésta — ni en la de ningún otro país — me parece oportuno incluirlo en la ley que es más general después de aquella, o sea en el Código Civil.

Nos encontramos ante el derecho de resistencia a la opresión, que hoy comienza, con razón sobrada, a llamar la atención de los tratadistas. De nada sirve esforzarse en proclamar la fuerza de la ley y la obligación de los poderes públicos para cumplirla, si no le brindamos al ciudadano remedio alguno para defenderse frente al abuso del poder. Hoy no tiene otro recurso sino la revolución. Al estorzarme yo en discurrir medios legales, me parece que procuro realizar una labor conservadora muy en contra de la revolución misma. Y los remedios que se me ocurren son dos: uno, de tipo estrictamente político que, por tenerle, no alcanza fácil cabida en un Código Civil, ni aun forzando mucho la máquina, y otro, que por ser típicamente jurídico, puede incluirse en aquella parte del Código Civil donde se habla en general de las leyes y de la obligación de obedecerlas. El primero consiste en requerir la intervención de los demás poderes del Estado frente a la extralimitación de uno. No debo detenerme a explicarlo. El segundo, que es el que aquí defiendo, se apoya en la teoría civil de las obligaciones recíprocas. Un pacto recíproco es la relación entre el Poder Público y el ciudadano. El Poder está obligado a defender al ciudadano mientras éste cumple sus deberes legales, pues en cuanto no los cumple, el Poder le multa, lo deporta, le encarcela o le mata. De igual manera el ciudadano viene obligado a respetar y obedecer al Poder público en tanto en cuanto éste se mueve en el ámbito de una legalidad que él mismo trazó. Si en lugar de vivir dentro de ella se extralimita, abusa de sus funciones y atropella al particular, cesa en éste

la obligación recíproca de obedecer. Exactamente como pasa en las obligaciones civiles. Valga un ejemplo. Todas las Constituciones dicen que no se puede declarar una guerra sin autorización del parlamento. Y hoy vemos que casi en ninguna parte se recaba esa autorización para acometer guerras que, por otra parte, tampoco se molesta nadie en declarar. ¿Qué puede ahí hacer el desventurado recluta ante tan escandaloso abuso de Poder? Absolutamente nada, porque no hay hoy ninguna que le señale el remedio contra el atropello. Pero si existiera la ley que aquí propongo, amparándose en ella un millón, dos millones de hombres, se negarían a tomar las armas, y el Gobierno, por muy despótico que fuese, no se atrevería a fusilar a un millón o dos millones de ciudadanos. Si lo intentase, sería él quien suscitaría una revolución justificadísima.

Descuento la objeción que se me hará. El tirano — se me dirá — lo atropella todo y lo mismo que desconoce hoy las leyes vigentes, desconocería mañana los remedios propuestos para atajarlo y mataría a quienes quisieran utilizarlos. El argumento parece irrefutable y, sin embargo, implica un desconocimiento psicológico. El tirano en los primeros días de su acción es siempre tímido y cobarde. Su valor y su crueldad empiezan cuando se cerciora de que el pueblo es más cobarde que él y lo aguanta todo. Casi ningún golpe de Estado comienza matando gente, sino con manifiestos, discursos y promesas tranquilizadores. Si en los primeros momentos el pueblo tuviese un remedio enérgico y claro de que echar mano, probablemente el tirano retrocedería. Aun aquellos más feroces como Hitler y Mussolini, invirtieron bastante tiempo en tanteos y propaganda antes de decidirse a matar a nadie. El verdadero fundamento del despotismo no está en la decisión del déspota sino en el desconocimiento y el miedo de la gente.

Por otra parte, todos estamos cansados de ver dictadores que son verdaderamente unos pobres diablos sin carácter ni decisión. Un día perpetran un atropello, para tantear el terreno. Si les sale bien, perpetran el segundo, y luego, el tercero y el cuarto y todos. Si el primero les sale mal, procuran esconderse bajo siete estados de tierra. Motivos de prudencia y el respeto a la índole de este trabajo me recomiendan no citar casos concretos, que serían facilísimos de encontrar en América.

De modo que el remedio propuesto podría ser inútil en algún caso extremado pero no lo sería en otros muchos. Y, en último término, si la audacia del agresor lo frustrase, ello

justificaría más claramente el movimiento revolucionario a que se entregara el pueblo en trance de vida o muerte.

Podrá parecer un poco atrevido mi proyecto, pero yo me permito advertir que si no robustecemos las fuerzas del Bien frente a las del Mal, seguirán éstas prevaleciendo indefinidamente.

D.—Todos los Códigos señalan las fechas en que deben empezar a cumplirse las leyes, partiendo de su publicación: tres días, quince días, un mes, tanto en la capital, tanto en los distritos, tanto a cien kilómetros, tanto a mil kilómetros, etc.

Me parece excusado establecer sobre este punto reglas generales. Unas leyes son urgentísimas, otras requieren calma para ser estudiadas. Especialmente en estos países de América, tan enormes, tan despoblados, de topografía tan varia, hay que tomar en cuenta las distancias, los medios de comunicación, las montañas, las selvas, los ríos, la población mayor o menor, los elementos de publicidad, etc. Por eso juzgo preferible que sea la propia ley en cada caso quien, tomando en cuenta esas circunstancias, determine la fecha o fechas de su aplicación.

ARTICULO 2.º

Son condiciones propias de todas las leyes:

A.—Que no tienen efecto retroactivo, a menos que explícitamente dispongan lo contrario.

B.—Que han de estar siempre subordinadas a la Constitución y, en caso de antagonismo, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

C.—Que la ley específica es preferente a la ley general.

D.—Que sus beneficios son renunciables por los particulares pero nunca cabrán renunciadas, pactos ni transacciones contra el derecho de terceros, contra el orden público o las buenas costumbres, ni sobre la personalidad, libertad, capacidad o dignidad de las personas.

E.—Que serán obedecidas con arreglo a su texto literal; pero en el caso de que éste fuese obscuro, contradictorio con otras disposiciones u opuesto a una normal moral, será interpretado buscando el espíritu que la inspiró y el sentido de todo el cuerpo legal en su conjunto.

F.—Que pueden ser derogadas, ya de modo expreso, ya tácitamente, mediante la publicación de otras que las anulen o contradigan.

G.—Que cuando sea obligado aplicar leyes extranjeras se rechazarán en cuanto se opongan a los derechos consagrados en la Constitución boliviana, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres (3).

(3) Este artículo apenas requiere comentario. Lo que consta en él, consta igualmente en todos los Códigos del mundo aunque, por regla general, en términos mucho más dilatados y en artículos varios. He creído conveniente reducir a uno solo estos preceptos elementales que alcanzan a todas las leyes.

Sólo dos novedades cabe apuntar. La primera es que no prohíbe separarse del texto literal de las leyes cuando éstas se opongan a una norma moral. Esta preferencia de la moral sobre los textos escritos, se verá frecuentemente reproducido en todo el curso de este anteproyecto. La segunda es que he suprimido aquel otro precepto, igualmente consignado en todos los Códigos, de que nunca prevalecerá el uso o la costumbre, contra la ley escrita. Esta norma es puramente formal y rutinaria. Lo que vemos todos los días en todas partes, es exactamente lo contrario, o sea que no son las leyes quienes hacen los usos sino los usos quienes hacen las leyes. En España, el Código Penal castigaba el duelo, pero mientras perduró la ridícula costumbre de batirse, no hubo ni un solo Juez que se atreviera a procesar a los duelistas. En España también, las huelgas estaban pñadas en el Código, y, sin embargo, había huelgas todos los días, que nadie se atrevía a castigar y alcanzaron tan enorme fuerza que prevalecieron contra el Código y obligaron a establecer una legislación de huelgas. En todos los Códigos del mundo sólo se admiten dos situaciones para los cónyuges, vivir juntos o divorciarse. Sin embargo, la fuerza de los hechos y la honrada intervención de abogados pacificadores ha creado una tercera situación, la de separación amistosa, sobre la cual ya abunda la doctrina y la jurisprudencia y alborea la legislación. En todo el presente trabajo se reconocerá también más fuerza a la sociedad que a la ley, pues, al fin y al cabo, la sociedad es la creadora de las leyes, y cuando las contradice no suele ser por el capricho de bur-

larlas sino por la necesidad de modificarlas. A la prudencia de los Tribunales quedará sometido en cada caso, si el texto de la ley debe seguir siendo inatacable o si el uso en contrario tiene razón, valor y fuerza bastantes para abrirse camino contra aquél, por vía de interpretación.

ARTICULO 3.º

La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Sin embargo, los tribunales podrán moderar el rigor de las obligaciones cuando la ignorancia esté absolutamente comprobada o constituya una presunción racionalmente admisible (4).

(4). Todos los Códigos, con idénticas palabras, determinan que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Es natural que así se ordene porque si cada sujeto pudiera negarse a cumplir sus obligaciones alegando desconocer las leyes que se las imponían, los pueblos vivirían en estado anárquico.

Bien está, pues, el principio general. No he visto limitaciones levisimas sino en el Código de Chile cuyo artículo 8.º se rinde a reconocer que pueden estar interrumpidas las comunicaciones entre dos departamentos y en tal caso suspende el plazo para el conocimiento de la ley por todo el tiempo que dure esa incomunicación; y en el proyecto de Código argentino que, yendo más adelante, admite que se autorice la realidad de la ignorancia, diciendo en su artículo 11 que "la ignorancia de las leyes no servirá de excusa, a no ser que la excepción estuviere expresamente autorizada". Amplio camino se abre a los legisladores del futuro, con esta salvedad.

Donde el problema se ha planteado francamente y en su plenitud es en el Código Civil, de Méjico. He aquí su artículo 21: "La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cum-

plimiento de la ley que ignoraban, o, de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público".

Ese criterio es el que me ha parecido prudente recoger haciéndolo más comprensivo. En lugar de puntualizar los casos en que la ignorancia es disculpable y limitar la solución que cabe dar al conflicto, me parece más equitativo fiar a los jueces la apreciación de la realidad del caso, y facultarles para una solución ilimitada, cual es la de moderar el rigor de las obligaciones, donde cabe lo poco y lo mucho.

La fórmula expresa para la disculpa, podrá constituir una novedad en Bolivia, pero su sentido no, ya que el vigente Código Civil no dice una palabra sobre tal punto. Y se explica perfectamente. Establecer en un país como Bolivia la regla categórica de que todo el mundo debe conocer la ley, es sencillamente absurdo. El país es grandísimo y está dividido en territorios varios con la población enormemente esparcida, contando con pocas y difíciles vías de comunicación. Hay que operar sobre una masa de ciudadanos que, en menos de una mitad son blancos y mestizos y en más de la otra mitad son indios desconocedores, no sólo de las leyes sino hasta del idioma en que están escritas. Los abusos de los blancos sobre la población indígena son cosa bien sabida y explicada por multitud de juristas y de literatos de máxima responsabilidad. En tales condiciones, dar por supuesto que el indio domiciliado en el rincón más remoto del territorio, absolutamente miserable y analfabeto, es conocedor de la ley, constituiría una injusticia tan disparatada y cruel, que urge evitarla con una simple medida de buen sentido.

ARTICULO 4.º

El idioma oficial es el castellano pero en la contratación, tanto pública como privada, de los aymaras y keshuas, podrán éstos utilizar sus propias lenguas. Si los documentos hubiesen de surtir efecto en las oficinas públicas o en los tribunales, serán traducidos por cuenta del Estado (5).

(5) En otros lugares de este anteproyecto habrá ocasión de tratar del problema indio, pero en esta parte general era

indispensable establecer una declaración sobre el asunto de las lenguas.

Escritores tan autorizados como el señor Gustavo Adolfo Otero y la señora Aida Cometta, tomando los datos de otros autores y de publicaciones oficiales, han explicado que en una población de poco menos de tres millones de habitantes que es la boliviana, los de procedencia europea son sólo 435.000, los mestizos 917.000 y los indígenas 1.620.000. De estos últimos, 1.529.000 pertenecen al núcleo aymará-keschua y sólo los restantes integran otros numerosos grupos y subgrupos indios. El señor Otero comenta esos datos con este párrafo "Por las cifras precedentes se ve que la población aymará-keschua representa un núcleo humano importante, no sólo por su categoría numérica sino por su influencia en la vida boliviana en todos sus aspectos. Su existencia mayoritaria como población en el territorio boliviano establece un nexo indisoluble con todos los aspectos sociales, políticos, económicos y culturales del país, constituyendo la musculatura y la médula de la Nación y del Estado boliviano. Éste hecho que demuestra la importancia del grupo indígena ando-boliviano, impone que le dediquemos el presente estudio, por su influencia decisiva y trascendental en la vida estructural de Bolivia, es decir, que los indios aymará-keschuas son Bolivia misma".

Siendo ésta la realidad ante la cual nos encontramos, creciendo cada día la población indígena, que en el curso de un siglo se ha duplicado, es obligación primordial del legislador esforzarse en traer a los indios a una normalidad jurídica oficial. Mas esto no ha de intentarse por vía de imperio, tratando de arrancar al indio, de la noche a la mañana, su lengua, su psicología, sus hábitos. Cuatro siglos de fracaso del sistema enseñan sobradamente qué cabe esperar de él. Lo que hay que hacer es todo lo contrario: reconocer al indio, respetarle e inspirarle la confianza de que el blanco no es su enemigo ni su contradictor. Una convivencia acentuada y afectuosa, le irá convenciendo de que le conviene el trato y prescindirá poco a poco de cuanto haya en él de selvático, anacrónico e inútil. Y después de esto, lo que en él quede inmovible será obra de la naturaleza y habrá que respetarlo por los siglos de los siglos.

Quizás el primero de esos elementos naturales es la lengua. Si el indio ve que se la respetan, cobrará más reverencia al castellano. Si el indio ve que se la proscriben, mirará a los blancos como a sus tiranos.

En España tenemos ese mismo problema con los idiomas catalán, gallego y vasco. El criterio que allí siempre mantuve respecto a ellos, es el que insinúo en este artículo. Con mucho mayor motivo aquí que en España, pues allí las lenguas discordantes son patrimonio de pequeñas minorías y en Bolivia habla lenguas indias más de la mitad del país. Decir a esa mitad que su lengua nativa no tiene el menor acceso a la oficialidad, me parece, además de una injusticia, un error político.

ARTICULO 5.º

En relación a la nacionalidad de las personas, a la situación de los bienes y a las formalidades de los actos jurídicos, regirán los preceptos siguientes:

Las leyes penales, las tributarias, las que afecten a la moral, a la seguridad nacional, al orden o a los intereses públicos, se aplicarán en el territorio boliviano, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

Las leyes relativas a la persona, a la familia y a los actos que hayan de tener efecto en territorio nacional, se aplicarán a los bolivianos aunque residan fuera de su país. Los extranjeros residentes en Bolivia podrán acogerse en esas tres materias a sus respectivas leyes nacionales siempre que no contradigan el orden público, la moral ni las buenas costumbres.

Los bienes, tanto muebles como inmuebles, se regirán por las leyes bolivianas aunque pertenezcan a extranjeros. Los bolivianos que residan en el extranjero tendrán sujetos a las leyes bolivianas los bienes, tanto muebles como inmuebles, que dejen en el país, y en cuanto a los que tengan fuera de él, se atemperarán a las leyes del país en que se encuentren.

Los contratos en que intervengan bolivianos, ya sea solos, ya con extranjeros y que se otorguen en este país, quedarán sometidos a sus leyes. En los que se celebren entre extranjeros, ya sean de un mismo país, ya de varios, podrán someterse a los contratantes a la legislación de cualquiera

de ellos y a la jurisdicción tanto de los tribunales de ese país, como de los de Bolivia.

En los casos de doble nacionalidad, si una de ellas es la boliviana, se reputará boliviano al sujeto y se le someterá a las disposiciones del presente artículo. Si ninguna de las nacionalidades fuere la boliviana, se procederá como se estimare pertinente en derecho.

Las sociedades de cualquier clase, ya estén constituidas por bolivianos, ya por extranjeros, tanto si tienen su personalidad en Bolivia, como si son sucursales o agencias de otros países, no podrán nunca invocar otras leyes sino las bolivianas ni someterse a otros tribunales que los de Bolivia.

Las sucesiones de los bolivianos se acomodarán a sus leyes nacionales, tanto si residen en el país como si viven fuera de él. Pero si sus hijos hubieren nacido en el extranjero y optasen por la aplicación de las leyes de otro país, se estará a lo que decidan. Las sucesiones de los extranjeros residentes en Bolivia, se acomodarán a su ley nacional; pero si dejasen hijos nacidos en Bolivia o en otros países distintos del de el causante, se aplicará la legislación que escojan por unanimidad. En caso de no haber unanimidad entre los hijos, se aplicará la ley del causante.

Los actos jurídicos en cuanto a sus formas y solemnidades, se regirán por el derecho boliviano para los nacionales y los extranjeros que residan en Bolivia. Los que residan fuera podrán optar entre la aplicación de la ley del país en que se encuentren o la ley boliviana otorgando los actos ante los agentes consulares de este país.

Los tribunales bolivianos podrán aplicar las leyes extranjeras, autenticándolas a su satisfacción, a menos que se opongan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres (6).

(6) También en este artículo he procurado reunir materias que en todos los Códigos aparecen más esparcidas. En puridad, las únicas novedades que el texto revela son estas tres:

La primera se refiere al trato dado a los bienes. La generalidad de los Códigos sólo sujeta los bienes inmuebles a la ley del país en que están sitos y deja los muebles a disposición de la del propietario. Este es el criterio que prevaleció en el artículo 3.º del Código boliviano. Otras legislaciones introdujeron la novedad de someter a la ley *rei sitae* no sólo los inmuebles sino también los muebles que estén dentro de aquellos otros o que el dueño mantenga de modo permanente, fiando a la ley personal los que el dueño puede llevar consigo o que brindan caracteres de especial movilidad. Yo he pensado que esta distinción resulta hoy arbitraria y poco práctica. Los bienes muebles, aun los más movilizables, guardan una relación con el país en que se hallan, con sus leyes y con sus costumbres. Recuérdense los bienes dados en prenda, especialmente si ésta es sin desplazamiento, los automóviles, las cuentas de crédito, las cuentas corrientes, los arrendamientos de muebles, las promesas de venta y tantos otros fenómenos jurídicos de análoga especie que han originado tratos fundados en la confianza de que quedarán subordinados a las leyes bolivianas. Si se respetara la legislación personal del extranjero, habría que establecer tantas excepciones que harían el texto incompleto, confuso e inaplicable. Paréceme, pues, más justo y más práctico entregar al derecho nacional, los bienes de todas clases que se encuentren en la Nación.

Otra novedad es la relativa a las sucesiones. Parece natural que éstas se defieran con arreglo a la nacionalidad del causante. El que ha querido conservar la de su nacimiento, de fijo tiene el propósito de que se regule con arreglo a ella su sucesión, pues si hubiera deseado otra cosa se habría naturalizado en el nuevo país. Al respetar este derecho en el boliviano ausente, es lógico respetarle de igual manera en el extranjero avecindado en Bolivia. Hasta aquí las cosas parecen sencillas mientras el padre y los hijos herederos tengan la misma nacionalidad. Pero cuando son de nacionalidades diferentes parece legítimo tener en cuenta el criterio del uno y el de los otros, pues, al fin y al cabo, la familia y la sucesión son unos complejos donde todos los derechos merecen consideración. Y así, por ejemplo, si un boliviano lleva cuarenta años residiendo en Suecia y tiene seis hijos nacidos allí, parece un poco fuerte imponer la ley del padre, que puede responder a un mero patriotismo amoroso, y desconocer la conveniencia de los hijos que no tienen con Bolivia ninguna relación ni de nacimiento, ni de residencia ni de educación.

Recíprocamente debo discurrir del mismo modo en cuanto al extranjero que tenga los hijos bolivianos.

La tercera novedad es la referente a los contratos. Es de buen sentido respetar la autodeterminación de los contratantes para buscar la ley que más les acomode. Si dos noruegos quieren formalizar un préstamo entre sí, nada hay más legítimo sino respetar que pacten ajustarse a la ley de Noruega y someterse a los Tribunales noruegos o aceptar todo lo boliviano. Esta gran libertad requiere una seria excepción prohibiendo a las sociedades que puedan invocar nunca un Derecho extranjero para aplicarle en Bolivia. Los gravísimos ejemplos que estamos viendo de infiltración de propósitos extranjeros a la sombra de sociedades establecidas en América, que tienen más finalidades políticas que industriales o mercantiles, exigen atajar el peligro con energía, impidiendo que ninguna sociedad extranjera pueda alegar en Bolivia derecho de otro país. Esto es, después de todo, una ratificación del artículo 110 de la Constitución.

Por último, venía siendo criterio general de los Códigos prohibir la aplicación en un país de leyes de otros. Algunas legislaciones lo han permitido con excepciones precisas. Pienso que esto es una preocupación envejecida. El Derecho tiende a la internacionalización que ya es proyectada para los Códigos civiles y más todavía para los comerciales. Así, pues, lo más recomendable es que el Tribunal boliviano pueda aplicar las leyes de otro país cualquiera, siempre que se persuada de su autenticidad y reservándose repelerlas cuando afecten a la moral, al orden público y a las buenas costumbres. Evitando este peligro, no veo mal ninguno en que un Tribunal boliviano interprete y aplique el Derecho de Francia, de Inglaterra o de cualquier otro país.

ARTICULO 6.º

No será consentido el abuso del derecho.

Se entiende que hay abuso del derecho cuando se reclama la aplicación de las leyes rigurosamente de manera extremada, innecesaria o inhumana, o bien cuando se advierte que se ejercita un derecho, no tanto para defender un in-

terés legítimo, cuanto para dañar o perturbar a otra persona (7).

(7) Abrese aquí la puerta a la discutida teoría del abuso del Derecho. Parece que esto es una innovación revolucionaria de nuestros días y, sin embargo, es cosa viejísima, porque es plurisecular el adagio "summun jus summa iniuria", que reconoce el máximo rigor del Derecho como fuente de males. Ya en España, la ley 19, Título 32 de la Partida III, aceptó expresamente la teoría del abuso del Derecho cuando dijo que el ejercicio de las facultades dominicales no podía ser restringido "fuera ende si este que lo quisiese facer non lo hubiese menester, más se moviese maliciosamente por facer mal a otros". Y la ley 19, Título 33 de la Partida III sostiene idéntica tendencia al decir: "Cuando uno quisiere hacer pozo o fuente en su casa no se lo puede estorbar el vecino aunque disminuya por esto las aguas del pozo del otro, a menos que no lo necesitase y lo hiciese maliciosamente o con intención de perjudicarlo, que entonces bien lo puede prohibir y hacer que se deshaga". Este es exactamente el concepto del abuso del Derecho, que ha venido a insinuarse en la actualidad.

Pero la adoración de la propiedad se acentuó en la época moderna y por otra parte la Revolución Francesa vino a imponer el fetichismo de la ley. De ahí que en todos los Códigos apareciesen preceptos como el 1.071 del Código argentino donde se dice que: "el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto"; o el 2.514 que, al regular los derechos del propietario, puntualiza que "el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad". La ferocidad del concepto es bien patente. El propietario, para defender sus derechos lo puede hacer todo, aunque se hunda el mundo, menos molestar a otro propietario.

Frente a este sistema que pone la ley escrita por encima de todas las conveniencias, de todas las normas sociales y morales, se abre camino la añeja teoría del aforismo latino y de la ley de Partidas, que coarta el ejercicio del Derecho aun siendo éste perfectamente legal, siempre que resulte encaminado al daño ajeno más que al bien propio. Así, el Código

uruguayo, en su artículo 1.295, consigna que, "el que usa de su derecho no daña a otro *con tal que no haya exceso de su parte*". El 226 del alemán dice que "es inadmisibles el uso de un derecho cuando sólo puede tener por objeto causar daño a un tercero". El artículo 2.º del suizo establece que "el abuso manifiesto de un derecho, no es protegido por la ley". Con arreglo al artículo 1.º del Código soviético "los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que ellos son ejercidos en un sentido contrario a su destino económico y social". Por el artículo 840 del Código mejicano "no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero sin utilidad para el propietario". Y por el 1.912 cuando al ejercitar un derecho se causa un daño a otro, hay obligación de indemnizar si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de cometer el daño sin utilidad para el titular del derecho". De análogo sentido es el 17, según el cual "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte, se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible, la reducción equitativa de su obligación". Con arreglo al 148 del Código chino "el ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro". En el Código del Perú el precepto II del Título preliminar dice escueta y categóricamente, que "la ley no ampara el abuso del Derecho". En el proyecto franco-italiano de las obligaciones y contratos, manda el artículo 74 que "debe reparación aquél que ha causado daño a otro excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido".

Al propio Código argentino, cuya tremenda intransigencia en la materia acabo de señalar, se le escapó un reconocimiento del abuso del Derecho. Es en el artículo 1.620 donde al hablar de las mejoras hechas en la cosa arrendada, se expresa así: "el locatario no podrá separarlas si de la separación resulta algún daño a la cosa arrendada; o *si no resultare daño a la cosa, no le resultare provecho a él*; o si el locador quisiere pagarla por su valor, como si estuvieren separadas".

Cuando se estudió la reforma de este Código, el vocal señor Bibiloni se empeñó en mantener el artículo 411 discutiéndolo por él en su anteproyecto y concebido en estos térmi-

nos: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero". Los vocales señores Lafaille y Salvat propusieron esta modificación: "los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero, *si no mediare abuso de parte del agente*".

La discusión fué apasionada y en definitiva se acordó suprimir el intransigente artículo 1.071 que más arriba he copiado y rechazar el 411 propuesto por Bibiloni, mas sin admitir el criterio de los señores Lafaille y Salvat. La intención de repeler el abuso del Derecho está clara, pero la indecisión para declararlo está más clara todavía y así, el proyecto ha dejado el asunto en lamentable obscuridad.

Ocioso sería — y aun inadecuado en esta ocasión — entretenerse en refutar a aquellos autores que han repelido el concepto como inexistente, pues sólo cuando termina el derecho es cuando puede comenzar el abuso. También me parece extremadamente minuciosa la distinción entre el abuso subjetivo y el objetivo que algunos autores señalan entre determinados Códigos. Mejor será recoger el concepto de Saleilles cuando dice: "Un acto cuyo efecto no puede ser sino perjudicar a otro, sin interés apreciable y legítimo para aquel que lo ejercita, no puede jamás constituir un ejercicio ilícito de un derecho". Y aún falta aquí el otro concepto consistente en defender intereses apreciables y legítimos, pero hacerlo con tal dureza que agravie un sentido de humanidad.

Soy partidario de que el Código boliviano acometa el problema con la decisión que exigen los tiempos y creo que el texto que propongo dice lo suficiente. Mas he de reconocer que esa redacción y cualquiera otra, será difícil de interpretar porque el abuso del Derecho es una cosa tan sutil, tan casuística, que se presta a errores graves o a abstenciones acobardadas. Es muy fácil confundir el abuso del Derecho con los actos ilícitos, con los simulados, con los fraudulentos, con los culposos. Y no se trata de nada de eso.

Todos esos vicios están especificados en los Códigos y tienen su tratamiento y su sanción. Si yo simulo una enajenación de mis bienes para burlar el pago de una deuda, no abuso de mi derecho, porque no tengo derecho alguno de burlar a mis acreedores con una insolvencia ficticia. Si yo, tutor, compro los bienes de mi pupilo, no abuso de mi derecho sino que realizo un acto prohibido por la ley. Si yo atravieso con mi automóvil a 100 kilómetros por hora una calle concurridísima, no abuso de mi derecho sino que vulnero las or-

denanzas municipales y quizá perpetro un delito por imprudencia. El concepto del abuso del Derecho tiene que moverse dentro de un ámbito indiscutiblemente legal, pero vulnerando principios de sociabilidad, de humanidad, de piedad, de necesidad, de convivencia. Puedo yo con todo derecho lanzar de un piso dado en arriendo, a una familia misérrima que no tiene dónde guarecerse? ¿Puede un acreedor riquísimo que no necesita el dinero, embargar y arruinar despiadadamente a un deudor que ha pedido unos cuantos días de respiro? ¿Estallada una guerra junto al Polo Norte, puede al día siguiente aumentar el precio de sus mercancías un comerciante de la Patagonia? ¿El labrador que ha obtenido una excelente cosecha de trigo, puede guardarla en lugar de venderla para especular con ella y enriquecerse desorbitadamente el día que el pueblo padezca hambre? Ya se ve que en todos estos casos no se trata de ninguna infracción del Derecho sino de una pugna entre el Derecho y la Moral. Eso es lo que el Juez ha de resolver.

Ya se comprende con sólo insinuarlo, la inmensa trascendencia del problema. Por eso será inútil plantearle si no se cuenta con jueces incorruptibles, honestísimos, discretos, prudentes, que ejerzan con alto espíritu tan inmensa facultad. Por eso en todos los países, antes que hacerse los Códigos hay que hacer los jueces. Un pueblo puede vivir con leyes malas si los jueces son buenos, pero no puede vivir con leyes buenas, si los jueces son malos.

ARTICULO 7.º

La interpretación de las leyes será siempre hecha en el sentido de procurar la igualdad entre los ciudadanos, sin permitir diferencias civiles por razón de sexo, raza, cultura, religión ni posición económica (8).

(8) Ocioso es explicar la razón de este artículo que late en toda la Constitución boliviana. Mas tampoco huela enfrentar la norma de igualdad cuando se acomete la codificación del Derecho civil. Por ejemplo, proclamar la igualdad de los sexos sería conveniente en todos los países donde, por desgracia, prevalece la desigualdad, y proclamar la igual-

dad de las razas es cosa especialmente indicada en pueblos como Bolivia, donde las razas son tantas y tan difícilmente compatibles.

ARTICULO 8.º

Los plazos se cuentan jurídicamente:

Los días, de 24 horas, prorrogadas hasta las 12 de la noche de la fecha en que terminen.

Los meses por su respectiva duración, partiendo del día señalado y acabando a las 12 de la noche del día que tenga el mismo número en el mes del vencimiento.

Los años, de la misma manera que los meses.

Quedan excluidos del cómputo los días feriados, a no ser que la ley, la disposición gubernativa o judicial o el contrato los incluyan expresamente (9).

(9) Es frequentísima en los Códigos la ficción legal de que los meses sean de 30 días y los años de 365. Pero parece más acertado atenerse a la realidad de su duración, con prórroga en todo caso de las horas necesarias para llegar a la medianoche del día final. Este es el mecanismo establecido en el proyecto de Código argentino y el que me ha parecido más ajustado a la realidad y a la claridad.

Me he separado del modelo al excluir los días festivos que el proyecto argentino incluye. Es más humano conceder esa prolongación automática a quien ha de cumplir una obligación.

ARTICULO 9.º

Los jueces y tribunales no podrán excusarse de fallar alegando silencio, insuficiencia, obscuridad o ambigüedad de la ley.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se fallará tomando en cuenta la costumbre del lugar, los principios generales del derecho, la orientación de la jurisprudencia y la doctrina de los escritores.

Si algún juez encontrase en conflicto su propia conciencia con textos irrefutables de la ley, podrá abstenerse de sentenciar y llevará los autos a la Corte de su distrito, la cual, oyendo a las partes y recabando de oficio las pruebas, investigaciones y asesoramientos que juzgue indispensables, dictará su fallo sin estar obligada a someterse al precepto legal (10).

10) Es curiosa la devoción estricta a la ley, que aparece en todos los Códigos americanos. Ante las posibles fallas de la ley, mandan acudir a otras leyes análogas y a los principios generales del Derecho (Argentina, Perú, México, Venezuela, Ecuador, Colombia, Proyecto argentino). En Chile se permite acudir a la equidad natural y en Panamá, después de invocar la doctrina constitucional, y las reglas generales del Derecho, se autoriza a aplicar la costumbre, "siendo general y conforme con la moral cristiana". El de Cuba, copiando literalmente el artículo 6.º del Código español, preceptúa que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertible se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

Esto es lo racional. Según he apuntado en una nota anterior, la creadora del Derecho es la sociedad con sus necesidades, usos y soluciones. Cuando todo esto cristaliza en un precepto legal, se entiende que el legislador ha interpretado ese estado social y su precepto debe ser obedecido. Pero cuando no ha llegado a dictarse el precepto o éste resulta insuficiente, ambiguo u obscuro, lo indicado es acudir a la potencia creadora y ver si la costumbre ha resuelto el caso. Ya se comprende que por costumbre no puede entenderse un mero suceso eventual sino un hábito claro y reiterado.

Para facilitar la labor de los jueces, me ha parecido oportuno marcar como fuentes supletorias de su juicio, después de la costumbre, las orientaciones de la jurisprudencia y las opiniones de los autores, pues cada día, por las enormes complejidades de la vida, se hace más preciso dar a los Tribunales de Justicia manantiales que ilustren y robustezcan su juicio. Por ejemplo, el contrato de opción, que es hoy uno de los más frecuentes en la vida de los negocios, no está legislado en ninguna parte, salvo en Cuba que tiene una ley especial y en Colombia donde existe una breve e insuficiente alusión. ¿Qué hará el juez que se encuentre con un pleito so-

bre opción, a propósito de la cual la legislación de su país no dice una sola palabra? La lógica nos marca el camino: primero acudirá a las costumbres del comercio y de la industria, únicos creadores de esta institución jurídica; después buscará amparo en las concepciones generales del Derecho, que puedan ser aplicables al caso; en seguida procurará hallar antecedentes jurisprudenciales (admitidos expresamente por una ley de Colombia de 1887); y, por último, ilustrará su pensamiento con el de tratadistas autorizados. Lo que digo del contrato de opción, podrá decirlo del seguro de vida, de la cuenta corriente, de las cuentas de crédito, de las limitaciones al derecho de los accionistas y de las mil cuestiones que ocupan hoy la mayor parte de la actividad contractual y que no tiene en los Códigos sino minúsculas indicaciones insuficientes, a todas luces, para que en ellas se cimente una regular administración de justicia.

Una novedad trascendental sugiero en el último párrafo de este artículo. Cuantos intervienen o han intervenido en la vida judicial, saben que se presentan a veces casos en que la ley es clara, y, sin embargo, su aplicación repugna invenciblemente a la conciencia del juzgador. Por ejemplo, en muchas leyes de divorcio se determina con perfecta diafanidad que durante el trance del pleito, los hijos menores de tres años queden en poder de la madre y los mayores en el del padre. La ley no ofrece la menor duda. Pero el juez se encuentra forzado a entregar niños de uno o dos años, a una madre que se embriaga y que los maltrata, o hijas de 15 a 20 años, al padre que las obliga a vivir con su manceba. ¿Cómo tolerará el juez tales peligros y escándalos? ¿Y cómo los evitará si una ley rígida se lo impide? Forzoso es hallar una solución a la dificultad.

Ya dejo apuntado en otra nota que el honesto y discreto criterio del juez es, a mi entender, preferible al texto legal. Así, por mi gusto, en lugar de este artículo habría redactado otro que dijese: "Los jueces sentenciarán los pleitos con arreglo a los dictados de su conciencia, procurando apoyarla en la ley vigente, en la costumbre, en los principios generales del Derecho, en la jurisprudencia y en la doctrina científica".

La libertad de conciencia de un juez quedaría así proclamada por encima de todo. Pero me doy cuenta de que tan

arriesgado sistema sería muy peligroso en pueblos jóvenes como Bolivia, donde la magistratura no tiene todavía historia ni cimientos seguros.

Me ha parecido aceptable solución transaccional excusar al juez de fallar cuando ese grave conflicto se presente y reservar tal facultad a un tribunal que por ser colegiado ofrece más garantías de acierto y al que se permite buscar de oficio los elementos de información que puedan tranquilizarle al hacer uso de la excepcional facultad.
