

Las minas de carbon de piedra. Quizá tarde, pero al fin ha de llegar el día en que éstas serán beneficiadas con provecho. El aumento de la poblacion i la construccion de caminos son las principales condiciones para que se saquen a la luz del día las riquezas que la tierra abriga en su seno.

Concluyo aquí lo que con respecto al importante proyecto de colonizacion me ha-ho por ahora en aptitud de esponer.

Grandes son las dificultades que se presentan para realizarlo, i grandes serán los sacrificios que para ello se necesiten; pero tanto mayor será tambien la satisfaccion i tanto mas bello el triunfo, si se consigue vencer aquellas mediante el acertado i recto uso de estos.

Muchas cuestiones relativas a este asunto quedan, sin duda, por resolverse todavia, i las que se me han ocurrido, dejarán mucho que desear en el modo con que han sido tratadas. Pero, habiendo guiado mi pluma solo la conviccion i el interes que me inspira el proyecto, celebraré agradecido toda idea o proposicion que tienda a promover éste, corrijiendo o completando las mías.

Cualquiera que sea la decision del Supremo Gobierno acerca de la ejecucion del plan ventilado, vengan o no inmigrantes extranjeros, salga bien o mal la colonizacion, del primer paso dado con la ocupacion del territorio de Magallanes ya no se puede retroceder sin menoscabo del honor de la patria i el riesgo de desavenencias importunas con el extranjero. La Constitucion en su articulo 1.º declara: «que el territorio de Chile se estiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos,» declaracion que perderia mucho en eficacia, si se desamparasen las costas del Estrecho, en las que varias naciones emprendedoras tienen clavada la vista, apreciando en su justo valor la importancia que les presta su situacion jeográfica, i los recursos que ofrecen para el futuro desarrollo de la navegacion i el comercio.

Punta-Arenas, en setiembre de 1854.

MEMORIA

LEIDA

ANTE LA FACULTAD DE LEYES DE LA UNIVERSIDAD,

POR DON MARCIAL MARTINEZ,

PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO EN DICHA FACULTAD.

**Que latitud deba darse al precepto de la lei 1.ª título 1.º
libro 10 Novísima Recopilacion.**

Señores:

El pueblo romano, grande por excelencia, entre los pueblos de la antigüedad, ejerció no solo la plenitud del poder, sino tambien la de ciencia en sus instituciones.

Multitud de verdades que posee la sociedad de hoy día, forman la deuda de gratitud que nos liga con ese pueblo soberano.

El primer Código que lo rijió, el de las doce tablas, si bien representante de algunas doctrinas absurdas, tal como la de los derechos paternos y los de propiedad, encierra sin embargo principios sábios i de eterna justicia. Modificadas mas tarde estas instituciones fundamentales, amoldadas al nuevo espíritu que la ilustracion hacia nacer, a las nuevas necesidades e ideas de un pueblo mas culto, i purificadas por la última mano que les dió Justiniano, formaron la obra fundamental que veneran las naciones modernas.

Natural fué que los pueblos que surjieron de la ignorancia de la edad media, i que vinjeron a ponerse a la cabeza del renacimiento, bebieran en la fuente que se conservaba intacta, i que habia nutrido las fibras de un pueblo tan grande i tan poderoso.

Sin embargo, fuerza es decirlo, el Derecho Romano, jeneralmente bien constituido i sólido en el cuerpo, en lo que es el armazon del edificio, no lo era siempre en su parte exterior, en sus formas, en lo que puede decirse su ropaje, i aun mas su carnadura. Si bien pudo alimentar la vida del pueblo que lo creó, demasiado acostumbrado a salvar las dificultades que ofrecia, a docilitarlo por medio de sutilezas i fórmulas, si bien pudo bastar a la cultura naciente de los pueblos que en la edad media se acójieron a él con toda la precipitacion del respeto i la necesidad de centralizacion i solidaridad que exijia la anarquía de las ideas, mas tarde i hoy sobre todo la civilizacion clama i se ajita por destruir todo lo que puede llamarse adornos parasitos de las instituciones.

Los pueblos latinos de Occidente transplantaron a su suelo, intacta la planta exótica de la lejislacion Romana.

El rei don Alfonso X acepta en España la obra como de autoridad tradicional, i como medida política que hiriese de muerte las rivalidades de villa a villa, que anulase los altos privilejios de la orgullosa nobleza, aun a costa de ciertos sacrificios impuestos a la dignidad de la corona.

Empero demasiado trascendental fué el nuevo órden introducido para que no llevase a la sociedad española inmensa conmocion.

El Derecho Romano fué aceptado desde luego con entusiasmo i respeto. Ese bello conjunto de máximas sutiles e injeniosas fascinó a la parte ilustrada del pueblo, llegando a ser el foco de las ideas reinantes de la época.

Mas no tardó en suceder a la fascinacion el desencanto. Los elementos que hundió para colocar las nuevas instituciones comenzaron a conmoverse: el pueblo i la nobleza heridos en sus antecedentes protestaron, i fueron poderosos a que se efectuaran las innovaciones que pronto se tuvo a bien introducir en el cuerpo del derecho.

Pero razones de un órden superior fueron el inmediato móvil que impulsó a los sucesores de Alfonso X a introducir la reforma en los puntos mas capitales e importantes de la lejislacion. Las luces de la nueva civilizacion que se propagaba, el conocimiento mas exacto adquirido sobre la naturaleza de las relaciones frecuentes e importantes de la vida del hombre, el estudio mas profundo i lójico de los derechos de propiedad, todo hizo conocer que las bases sobre que reposaban ciertas ramas de la lejislacion Romana, no eran las mas propias, filosóficas i sencillas.

La necesidad de emprender reformas se hizo sentir con fuerza; i pronto un lejislador mas atrevido que el de las Partidas dió pasos firmes i avanzados en la via de progresos del espíritu humano. En materia de testamentos, herencias i estipulaciones exijió en principio supremo la voluntad del hombre racionalmente manifestada, i desde ese momento relegó al olvido i para siempre la vana investidura de fórmulas

i el rigorismo sacramental de los principios. Las nociones sencillas del derecho natural guiaron sus pasos, i no cuidó de establecer otras reglas que aquellas necesarias para impedir el fraude i la cábala.

Sea dicho de paso que, si su obra fué entónces mui avanzada, hoi se resiente de vicios fundamentales; i el juramento que dejó en pié para ciertos actos profanos reclama una reforma urgente que satisfaga la ilustracion del siglo.

Esas disposiciones que don Alfonso XI consignó en el Ordenamiento de Alcalá no tuvieron pues otro objeto que el de purgar a la ciencia del derecho de las sutilezas i fórmulas postizas, que inopinadamente se habian heredado. Pero jamas pensó el reformador que la jeneralidad en que estaban concebidas pudiesen alegarse contra el espíritu de ellas i que se las hiciese servir mas de una vez a caprichosas interpretaciones.

En efecto, la jeneralidad que se divisa en la redaccion de esas disposiciones ha suscitado i suscita en la práctica multitud de cuestiones de interpretacion i jurisprudencia que han llevado la confusion a los limites de la obra del lejislador.

Tal consideracion nos ha movido a emprender este trabajo. No abarcaremos los dos puntos capitales de la reforma, porque el tiempo i naturaleza del escrito no nos lo permite; i nos contraeremos tan solo al punto de las estipulaciones como mas práctico i de mas útil conocimiento.

Imposible seria disertar sobre el tema propuesto, sin sentar antes las bases, los antecedentes de la discusion. Estos antecedentes forman la historia del antiguo derecho de las partidas, o mas bien de la lejislacion Romana. Siendo esta la fuente del derecho que nos rije, cada i cuando tengamos que inquirir el espíritu de nuestras leyes, debemos acudir a ella, como a su principio i orijen.

Cumple pues a nuestro propósito hacer una rápida escursion sobre el campo de Derecho Romano, para caer por una pendiente segura al punto, cuya ilustracion será objeto de nuestros esfuerzos.

El derecho civil de los Romanos sancionaba las obligaciones o bajo la forma que se llama contrato, en cuyo caso les daba una accion propia, o las reconocia como emanadas de otras fuentes, como consagradas por otros vinculos que se llamaban pactos. A estos últimos no les daba accion, pero si la capacidad de producir efectos en derecho, siempre que se sujetasen a las fórmulas que éste prescribia.

Habia aun otros medios de obligarse; pero como proscriptos por la lei civil no tenian otra existencia que la que le daban los pretores, valiéndose de recursos que no consistian en otra cosa que en el uso de simbolos sacados del antiguo derecho de los Quirites. Las obligaciones del derecho de jentes o de la razon filosófica eran apoyadas por la opinion de algunos jurisconsultos, i una que otra por constitucion de los emperadores. Para que fuesen válidas se necesitaba tambien el uso de las fórmulas.

De aqui la diversa consistencia que tenian las obligaciones; seguras las unas, al paso que las otras precaria. Los contratantes, aun los ligados por el mero consentimiento, tenian la proteccion del derecho civil que les prestaba la fuerza pública: no así los que se ligaban por pactos, porque esos no tenian el apoyo de las leyes sino en tanto que se sujetasen a la pantomima simbólica i posteriormente a las fórmulas solemnes.

Las estipulaciones o pactos verbales tenian esta existencia precaria. Ellas servian para obligarse por todo convenio honesto, bajo la condicion de usar palabras de fórmula, interrogando uno i otro respondiendo. A esto se habia venido a reducir el antiguo uso del cobre i la balanza i el trámite de la mancipacion.

La estipulacion llegó a ser entre los Romanos la forma mas amplia de obligarse; i a ella se refieren casi todas las solemnidades de que hablan el Dijesto i los demas

códigos. El vínculo de derecho se formaba por las palabras, a favor del que preguntaba. ¿Spondes? ¿Spondes?—¿Dabis? ¿Dabis? etc.

Segun el número, órden i carácter de las preguntas i respuestas, así era el número de las obligaciones, la forma en que debían cumplirse, el día, las condiciones, en fin, todas las consecuencias del vínculo contraído. Si las palabras faltaban, faltaba la obligación, i por el contrario aunque el consentimiento fuese errado, forzado, etc., el vínculo subsistía.

Sin embargo no vaya a creerse que estas fórmulas toscas i materiales, propias de una civilización naciente fuesen a subsanar los defectos de la obligación. No, el pretor suministraba recursos que docilitaban el rigorismo de ese derecho que por sí solo no transijía con circunstancia alguna que le hiciese perder su inflexibilidad sacramental. Mal podía hermanarse con la filosofía i la equidad el principio de que las palabras de fórmula constituyesen la promesa. Contra él pugnaban no solo las nociones de la razón natural, sino multitud de otras circunstancias nacidas de la misma escrupulosidad del derecho. Así es que a renglón seguido se reconocían las estipulaciones inútiles, declaradas tales a virtud de excepciones *ad hoc* que ponían atajo a los efectos seguidos del pacto. Esa inutilidad les venía o ya del defecto de causa que hubiese enjandrado la obligación, o porque hubiese recaído esta sobre objeto no honesto como sobre abstenerse de cometer acto ilícito, o por haberse ajustado por procurador, segun el derecho antiguo, o porque recayese sobre cosa que se creyó comerciable, sin serlo, o por haberse deferido su acción hasta después de la muerte del estipulante, o por haber error en la especie (*species*), en el género (*genus*), en una palabra que se hubiese pactado *alia re*, etc., o en fin, las estipulaciones eran nulas por haber intervenido alguna de las causas jenerales de nulidad de todo contrato, como son engaño, necesidad, fuerza, ignorancia i miedo.

Se recurría a la escritura (*iustumentum*, *cautio*) o a la concurrencia de testigos, como medio de prueba para constreñir al estipulador infiel.

Este modo de obligarse llegó a ser jeneral, jeneralísimo, i a él se recurría cada vez que se quería contraer obligaciones no comprendidas en la clase de contratos, reconocidos por la lei.

El emperador Leon protestó contra la absoluta escrupulosidad de las fórmulas, i mandó que: *Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscumque verbis contrahentium composito sunt, vel legibus coginto suam habeant firmitatem*, (Cod. 8, 38). Esta constitucion *de committenda et contrahenda stipulatione* echó por tierra la precision de ciertas palabras fijas, pero dejó en pié la necesidad de la interrogacion i respuesta afirmativa i conforme, cualesquiera que fuesen los términos empleados.

Posteriormente, opinan algunos que por constitucion de Justiniano, aun la interrogacion i respuesta pudo a veces desaparecer, estimándose suficiente el escrito estendido entre las partes, en el cual constase que aquellas habían sido pronunciadas.

Tal fué, segun estos, el paso mas avanzado de la lejislacion Romana: la abolicion del pronunciamiento de las palabras, siendo bastante el que constasen en el escrito, solemne, hasta cierto punto, por cuanto debía contener preguntas i respuestas conformes, pero no sacramental porque estas ya no eran las del antiguo derecho civil.

Otros creen que Justiniano en nada innovó lo dispuesto por el emperador Leon, i que el principio de que las palabras eran causa de la obligación quedó subsistente, (Cod., tit. 19, part. 12).

Esta opinion es sin duda mas fundada, i se deduce no solo de las palabras empleadas por Justiniano, sino tambien de que la otra parecería exigir como necesario i constitutivo de la estipulacion, el instrumento o escritura.

Efectivamente en estos términos adoptó la disposición el código de las Partidas. La lei 1.ª, tit. 11, 6, 5, prescribió como solemnidad de la estipulación la congruencia entre la pregunta i respuesta, de tal modo que clara, distinta i paladinamente se manifestase la voluntad de uno i otro contratante. Dió al pacto el nombre de promission: «et fácese desta manera, dijo, estando presentes amos los que quieren facer el pleito de la promission, et diciendo el uno al otro, prometedesme de dar e de facer tal cosa; deciendola señaladamente, et el otro respondiendo, etc.»

Vese pues que no el pronunciamiento de ciertas palabras solemnes, sino la existencia de la pregunta i respuesta conforme era lo que venia a constituir la obligación, a darle una existencia necesaria. Si por acaso el contrato adolecia de algun vicio, era necesario impugnar las palabras, para anular la obligación.

Tal fué el orden de cosas que sancionó el rei don Alfonso X. No hizo mas que trasladar a su código las instituciones Romanas, con su mismo espíritu, carácter, con el mismo traje, diremos, que vestian en tiempo del imperio. El movimiento orijinal era majestuoso, sin duda, pero sus adornos toscos i envejecidos. Sin embargo, no se eche en cara al principe que mereció el titulo de sabio, no se le eche en cara los vicios de la importacion que hizo a su patria. Tal vez procedió con precipitacion, pero fué arrastrado por la fascinacion i el respeto. Agradézcasele sí, el que haya echado en nuestra legislacion los cimientos mas sólidos i duraderos, sobre los que podrá elevarse, en cualesquiera época, el edificio mas acabado de la jurisprudencia. El espíritu del derecho Romano vive i vivirá en las leyes de las naciones mas cultas. Es el alma de las instituciones de Federico II, del código frances, i el que animará las avanzadas instituciones que se nos preparan.

No es de estrañar que en el siglo décimo tercio se haya creído que la forma de las estipulaciones Romanas debia contener ventajas reales i positivas; que ella era propia a fijar las ideas, a espresar de un modo mas enérgico la voluntad de las partes, a no dejar duda de que los contrayentes supieron i quisieron obligarse a lo que se obligaron.

Mas pronto la esperiencia mostró que esa sujecion a las palabras arrastraba a la confusion mas bien que a la claridad, que al hombre que se veia obligado a pronunciarlas podia creerse victima de una vana palabreria i no de su voluntad de obligarse, que ellas llevaban el sello de la cavilosidad i sutileza i no la sancion de los principios llanos del derecho natural, i por fin que ejercian un verdadero despotismo sobre las relaciones sociales imponiendo a la voluntad leyes i condiciones que atacaban la libertad humana.

En fuerza de estas convicciones, i rindiendo un justo tributo al espíritu de su siglo, el rei don Alfonso XI espidió la lei única contenida en el titulo 16 del Ordenamiento de Alcalá, i que es la 4.ª tit. 4.º, lib. 10 Nov. Recop.

Ella dice así: «Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promission o por algun contrato, o en otra manera sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, i no pueda poner excepcion de que no fué hecha estipulación, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fué el contrato u obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante escribano público, o que fué hecho a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daria otro, o haria alguna cosa, mandamos que todavia vala la dicha obligación i contrato que fuese hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.»

La jeneralidad de las palabras en que está concebida esta lei ha suscitado cuestiones entre los juriconsultos, sobre cuales sean los límites de su disposición.

Se dice: la lei habla de promission i de contrato; estiende la derogacion de las solemnidades a las palabras usadas en las antiguas estipulaciones, i a las trabas de todo contrato u obligación. Ella manda que no pueda ponerse excepcion de que no

hubo prometimiento con ciertas palabras, o de que fué hecho el contrato entre ausentes, o de que no intervino escribano, o de que tomó parte un procurador sin formal poder, o que simplemente se obligó uno a que otro daría, porque el promitente, el ausente que se comprometió por carta o de otro modo, el privadamente obligado, el que ante otro prometió que daría, el que quiso donar, todos quedan obligados i sometidos al espíritu de su obligacion.

De estos preceptos vagos i jeneralísimos en apariencia, pero que en realidad tienen por base los sanos principios del derecho, se ha querido sacar conclusiones avanzadas respecto de toda obligacion i aun de los contratos propiamente dichos. Se avanza el que ella ha echado por tierra no solo las formas que traen su origen de las estipulaciones romanas, sino toda solemnidad prescripta para la validez del contrato, i aun las condiciones que son de la esencia íntima de estos contratos.

Antes de pasar a esponer las observaciones que el estudio del punto nos ha sujerido contra esta opinion, debemos decir que ella no es la de comentador ninguno, que no la hemos encontrado entre las eruditas disertaciones de los espositores del derecho, i que solo ha sido i es vertida en momentos de discusion. Empero, como mas de una vez ha llevado la confusion a la práctica de nuestros tribunales, como ha sido a menudo el asilo a que estos se han acogido en trances difíciles, como para vez es la cuestion de contratos en que no se apele a ella como a la tabla de naufragio, dándola interpretaciones cavilosas i forzadas, nos ha parecido de no poca utilidad el dar a conocer, en cuanto esté a nuestro alcance, su verdadero espíritu i fijar sus limites precisos.

Consultando la historia del derecho español i la tendencia de las primeras reformas introducidas por Alfonso XI es indisputable que las miras de este monarca fueron purgar la legislacion de su patria de los plajios indebidos hechos al Derecho Romano, i no destruir imprudentemente cuanto existia, desvirtuar las nociones fundamentales del derecho escrito, para sustituirlas por un solo principio, que fuera origen fecundo de disturbios i anomalias. Su idea fué elevar en lo posible las prescripciones naturales sobre la venalidad de las fórmulas postizas i rigurosas; i así es que dijo, por una parte, no se use mas de palabras solemnes para contraer obligaciones, despréciase la vana compostura que, con el nombre de formalidades, avasalla, en ciertos casos, la voluntad del hombre; i por otra bórrese del Derecho Español el tan conocido axioma de que *nemo potet pro parte testatus, pro parte intestatus decedere*.

Esta segunda reforma que tuvo por objeto el derecho hereditario; dió materia a la lei 4.^a, tit. 49 del Ordenamiento de Alcalá, i que es la 1.^a, tit. 48, libro 10 de la Novísima. En ella se establecen tres modificaciones importantes: 1.^a que es válido el testamento sin institucion de heredero; 2.^a que si contiene institucion, pero que el instituido no acepte la herencia, se trasmite ella a los herederos legitimos, siendo el testamento válido en el todo; i 3.^a que para el valor de un fideicomiso no se requiera la aceptacion de la herencia.

Por lo que hace a la primera reforma ya hemos revelado en globo nuestra idea manifestando cual fué el espíritu que dictó el Ordenamiento de Alcalá. Lo demas que apuntaremos para llenar los limites de nuestra disertacion, será el exámen analítico de la disposicion sujeta materia, i el de los pocos ejemplos de convenciones que se nos ocurren, con el fin de ilustrar nuestro propósito.

Sin abandonar aun el campo de la abstraccion, permitasenos recordar las palabras que emplea Gomez de la Serna, investigando este mismo punto en el tomo 2.^o páj. 192: «La célebre lei del Ordenamiento de Alcalá, en que se previno que de cualquiera manera que apareciera que el hombre quiera obligarse quedará obligado,

hizo innecesaria la fórmula de la estipulación, i vino a elevar los pactos a la clase de contratos. Mas esta lei no se estendió a cambiar la índole, naturaleza i efectos de los contratos, sino que se limitó a libertar a las obligaciones del rigor de las fórmulas que las ceñían, i cuya omisión las hacian ineficaces.

«Desde entónces la palabra estipulación entre nosotros no ha conservado la acepción estricta i precisa del derecho romano; sino que es empleada para significar toda clase de convenciones serias i deliberadas.»

Segun esto, tomaremos en cuenta para nuestro objeto los contratos propiamente dichos, i las convenciones, bajo cuyo nombre no solo comprendemos la estipulación llamada así por los romanos, sino esa multitud de pactos que, sin ser contratos pertenecientes a la primera especie, tienen todos los caractéres de tales.

CONTRATOS.

Ya lo hemos dicho que la lei 1.^a no los toca, pues que las condiciones de ellos pertenecen a su naturaleza íntima.

Así es, por ejemplo, que en la compra-venta no porque las partes conviniesen en dejar al arbitrio de una de ellas la fijación del precio, la estipulación fuera válida, porque siendo de la esencia de todo contrato bilateral de buena fe, i del de compra-venta sobre todo el equilibrio de las obligaciones, una estipulación montada sobre aquellas bases lo destruyera haciendo victima al un contratante de los caprichos del otro i eliminando el consentimiento condicion esencial del contrato.

Por razones idénticas no pudiera ser válida la renuncia de la lesion, puesto que lo contrario fuera invertir i corromper el órden de las cosas, dando cabida a un principio inequitativo i fraudulento.

I a propósito de esto, se nos ocurre una reflexion. No bien habia dictado el legislador su lei 4.^a tit. 1.^o lib. 10, cuando en pos de ella i como para salvar la justicia i esplicar la intencion de la 1.^a, formuló la lei 2.^a del mismo código. En ella se declaran rescindibles los contratos en que hubiese intervenido lesion enorme. Ahora, pues, no conteniendo esta lei otra cosa que una reproduccion de la doctrina de la 56 tit. 5.^o p. 5.^a, esto es, la rescision de los contratos a consecuencia de su falta de equidad i del engaño o error; es claro que no ha derogado las condiciones que esta exige para que el beneficio se pierda. Literalmente dice como sigue la lei de Partidas: «Si el comprador i el vendedor *jurare*, cuando ficiere la compra o la vendida, que magüer la cosa valiese mas o ménos, que nunca pudiese demandar que fuese desatada la vendida; si fuese mayor de 14 años cuando la jura fizo, debe ser guardada la jura, o non se puede desatar entonce la compra, nin la vendida por tal razon.»

Hé aqui como la lei respeta el juramento, i como elevándolo a la categoría de solemnidad lo identifica con la obligacion misma, lo hace parte de su esencia, de tal modo que su omision valdria la nulidad del contrato.

Esta última consideracion nos hace ver claramente que la lei recopilada que nos ocupa no ha sepultado en el derecho español la solemnidad del juramento, no la ha arrojado entre las solemnidades, investidura esterna de las estipulaciones. I así es como lo consagra la lei 7.^a tit. 4.^o lib. 10 Nov. Recop., que contiene una respuesta a las dudas que se suscitaban sobre el alcance de la lei 1.^a: «nuestra voluntad, dice, no fué quitar el juramento de los contratos en que para su validacion se requeria etc.» El juramento, hijo lejítimo de las creencias católicas de la edad media, vive i palpita en el corazon de nuestras leyes, permanece ahí como simbolo de la

fé religiosa, i como salvaguardia de actos que fueran considerados de otro modo inicuos i ominosos.

Pasemos adelante. En el contrato de locacion-conduccion no se podria, por ejemplo, dejar de especificar el precio, aunque se pactase lo contrario, porque tal pacto pugnaria con la esencia i naturaleza del contrato. Tampoco se podria dejar al arbitrio de uno de los contratantes la fijacion de la merced, i la razon la dimos hablando de la compra venta; asi como tampoco podria hacerse efectiva la renuncia simple de la lesion.

En la compañía, es cosa mui sabida que la estipulacion hecha con objeto de lucrar solo una parte en perjuicio de la otra, es de todo punto prohibido, i que el derecho califica de leonino semejante contrato.

En el mandato, se nos ocurre desde luego que asi, como en cualquier especie de convencion, no se podria renunciar el dolo, porque la razon natural i la justicia rechazan tal renunciacion.

En la prenda no se podria estipular el que la cosa constituida en tal carácter jamás se vendiese, porque seria imposible conciliar el derecho in re que tiene el acreedor prendario con la prohibicion de enajenar la cosa paga pagarse. I asi es que las leyes establecen, que pasado cierto tiempo i previos ciertos requerimientos, pueda procederse a la enajenacion de la prenda, a voluntad del contratante a cuyo favor estuviese constituida.

Muchas veces la variacion de una circunstancia, la agregacion de algun pacto adicticio que no se oponga a la naturaleza del contrato, pero que no forme parte de su esencia, crea un nuevo contrato innominado que, por no ser contra derecho, puede sostenerse en virtud de la lei recopilada, cualquiera que sea la forma en que se haya constituido, con tal que conste la intencion del que se obliga. Pero siempre que esas convenciones sostengan algun principio contrario a la equidad o a la lei, que apadrinen el dolo, por ejemplo, entónces decimos la lei recopilada no tiene eco; no presta su favor a las obligaciones que ellas consagren.

Sobre el contrato bilateral, ese que saca su fuerza i valor del escrito, tenemos tambieu alguna cosa que advertir. La lei presta la excepcion non numerato pecunioe al reo que, habiéndose confesado deudor sin serlo, fuera reconvenido en el espacio de dos años, sin que en ese término hubiese él retractado la escritura por la condicion *sine causa*. Ahora, pues, si en el instrumento renunciase el deudor dicha excepcion, la renuncia no seria válida. Empero, dice una lei, si ella se solemniza por medio de la jura, debiendo ésta ser tenida, debe ser tambien tenida la estipulacion.

En este lugar permítasenos hacer una pequeña digresion. Hablando del juramento, dijimos cuál era el rol que jugaba en nuestra legislacion, hicimos notar cómo era que en fuerza de él se respetaba la renuncia de leyes que encierran principios de eterna justicia. Ahora diremos que somos contrarios de todo punto a la renunciacion de leyes, hágase de una manera sencilla, o con el aparato de la solemnidad. En efecto, ¿de qué sirve el mandato si a poco andar el mismo que lo dictó nos presta un arbitrio fácil para burlarlo? Eso es sancionar una contradiccion, un flagrante absurdo. En nuestros códigos, es cierto, se registra una lei jeneral que veda las renunciaciones; pero las otras especiales que las autorizan merced a la religiosidad del juramento, subsisten en pleno vigor. El servicio que este presta en actos profanos, que no tienen apoyo alguno en la razon, lo repetimos, es lamentable, i reclama una pronta i absoluta reforma.

CONVENCIONES.

En este lugar colocaremos el contrato verbal, que los romanos hacian efectivo por medio de la estipulacion. La lei 1.^a tit. 41, part. 5.^a lo reconoce bajo el nombre de trasmision, bajo cuya denominacion se comprenden tambien esa multitud de pactos innominados, licitos i honestos que pueden ligar a los hombres. Sobre todos ellos no cabe duda que la lei recopilada ha influido mui principal i directamente, puesto que ha abolido todas las formalidades que constituian la estipulacion, i de las que hablamos al principio.

Pero aun en esta clase se comprenden algunos que, teniendo cierta naturaleza i condicion propia, no permiten la libre aplicacion del principio recopilado. La fianza, por ejemplo, sabemos que puede establecerse de cualquier modo, por palabras, por señas, entre ausentes, etc.; pero no por eso soportaria cualquier modo i forma caprichosa de constituiria. En efecto, no falta autores que dando una latitud avanzada al principio de que uno queda obligado a cuanto quiera obligarse, creen que el fiador podria contraer mayores obligaciones que el afianzado. No nos es posible aplicar a la larga nuestra doctrina a este respecto; pero creemos que las palabras que emplea Gomez de la Serna nos ahorrarán satisfactoriamente el trabajo. Él dice que el fiador puede obligarse mas *intensamente*, pero no mas *estensamente*.

No pasaremos por alto una convencion mui frecuente en la práctica, en el contrato de compromiso. En él se ha hecho ya de forma renunciar la nulidad de la sentencia que se pronuncie. A nuestro entender, semejante cláusula es viciosa, i como a tal no debe prestársele fuerza alguna. Lo nulo no puede tener valor ni por el trascurso del tiempo ni por el silencio. Las leyes dicen que los actos que adolezcan de nulidad deben ser tenidos por ningunos, i si han sido escritos por no escritos. I si esto es asi como no puede ser de otro modo ¿por qué se autoriza la anomalia de dar por firme i valedera una cosa que por su naturaleza no existe?

Concluiremos esta parte de nuestra disertacion diciendo que la lei 1.^a que nos ocupa no se estiende tampoco a agregar fuerza a los instrumentos que en concepto de las leyes jenerales no la tienen. Asi es que no por establecer ella el que no se admita excepcion de que no hubo escritura pública, pudiera sostenérse el que un instrumento privado en el que se estipulase que tuviera entre las partes fuerza de escritura pública, podria cobrarse en juicio ejecutivo. Esta observacion que parece inconcusa, atendido a que la lei que deniega la fuerza ejecutiva a los documentos privados es posterior a la recopilada, no es sin embargo inoportuna en este lugar. Mas de una vez hemos visto servir de argumento el precepto de la novisima contra la razon concluyente de la posterioridad de aquella lei; i si bien la cuestion ha sido resuelta en el sentido justo, no por eso ha quedado cerrada irrevocablemente la puerta a nuevas i nuevas alegaciones de la misma especie.

Con lo dicho hasta aquí, creemos suficientemente discutido el tema propuesto. El estudio preliminar que hemos hecho sobre la indole de las estipulaciones romanas, despues sobre las tendencias de la reforma de Alfonso XI: I últimamente sobre la influencia que ella ha ejercido ya en los contratos, ya en las convenciones, es a nuestro modo de entender, bastante a llenar el objeto de una disertacion como la presente en que no puede exigirse la profundidad de una memoria académica.

Los glosadores i comentadores de la lei recopilada no hacen mas que apuntar casos particulares que resuelven, valiéndose de la lógica aplicacion de las ideas que hemos emitido. Antonio Gomez, Matienzo, ántes de entrar al análisis de los casos que se

proponen, se expresan diciendo que la lei sujeta a materia vale un servicio inmenso hecho a la buena fe i a la paz. I es digna de notarse la observacion que hace Acevedo (lib. 5.º tit 46) cuando trata de aquella cláusula que dice que no puede oponerse excepcion de que el procurador no tenia poder, porque ella, añade Acevedo, ha anulado muchas escrupulosidades i trámites engorrosos, tal es, por ejemplo, el de que siempre que un deudor vendia su cosa con intencion de que el comprador pagase el precio a los acreedores de aquel, necesitaba hacer cesion a éstos de sus acciones sobre dicho comprador. De la misma manera el que contrataba con un mandatario tenia contra él la accion ex stipulatu, i éste para repetir contra el mandante por el cumplimiento de la obligacion la de mandato contrario. Hoi dia, por el contrario, la misma accion que tiene el mandatario la puede ejercitar tambien el otro contratante, evitando así el camino tortuoso i estraviado que ántes se seguia para hacer efectiva la obligacion contra el justamente obligado.

Especial interes tendria en seguir paso a paso a los espositores españoles, porque de cada una de las particularidades de que se ocupan, surjen doctrinas preciosas que iluminan el campo del derecho. Pero tengo que someterme a la limitacion del tiempo que se me concede, i aunque con sentimiento abandono el terreno donde quisiera cultivar para siempre por mis propias manos el árbol frondoso de la justicia legal.

He dicho.

OBSERVACIONES

SOBRE UN ERROR EN EL NAUTICAL ALMANAC,

POR

D. CARLOS MOESTA,

PRESENTADAS A LA FACULTAD DE CIENCIAS EN EL MES DE JULIO.

En el «Nautical Almanac» se publican anualmente las posiciones medias i aparentes de cien estrellas fijas, que han sido observadas desde mediados del siglo pasado i de que se conocen las posiciones i sus variaciones principalmente por los trabajos de Bessel con un alto grado de exactitud. Sobre todo puede decirse esto de las estrellas del hemisferio boreal, pues estas fueron observadas ya por Bradley con una precision hasta entónces desconocida, i que constituye una época bien marcada en la historia de la Astronomia. El conocimiento de las exactas posiciones de estas estrellas es de la mayor importancia para el astrónomo práctico, siendo algunas de ellas los reguladores del péndulo i sirviendo otras para el ajuste de la posicion de su