

Dr. Mateo Goldstein
DERECHO HEBREO



Ultima Entrega
Capítulos 17 al 27
Observaciones finales
Referencias

Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg
Casa Argentina en Israel Tierra Santa, 2010

CAPÍTULO XVII

EL DERECHO DE LA ADOPCIÓN EN ISRAEL

SUMARIO: 1. La adopción *entre los israelitas*. — 2. *Legitimidad de la adopción*. — 3. *Régimen legal de la adopción*.

1. — LA ADOPCIÓN ENTRE LOS ISRAELITAS. — La legislación mosaica estaba inspirada en la fórmula divina del *Creced y Multiplicaos*. El fin esencial del matrimonio era la procreación, siendo suficiente que uno de los cónyuges, o ambos, resultaron estériles, después de una experiencia de una decena de años, para que se justificara la repudiación. El hombre no tenía la obligación legal de contraer matrimonio, pero si de engendrar hijos, se deriva de la Ley rabínica; si lograba éste propósito, podía decirse que había cumplido su papel en el seno de la sociedad.

Por ello es comprensible, que entre los israelitas se conociera la *adopción*, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crea la consanguinidad. Pero la adopción entre los hijos de Israel difiere fundamentalmente de la que conocieron y practicaron otros pueblos.

La mayoría de los pueblos antiguos conocieron esta institución que pasó a las legislaciones modernas, si bien variando paulatinamente su carácter. En su origen la adopción se fundaba casi exclusivamente en motivos religiosos. La necesidad de perpetuar la familia, y con ella sus manes, hacía indispensable acudir a una ficción cuando en el seno de la misma no existían sucesores auténticos que conservaran la continuidad del ritual consagrado.

El *levirato* que conocieron los indos y los hebreos, en el fondo no constituye sino una expresión del anhelo supremo, palpitante en el fondo de los espíritus de aquellos pueblos hondamente religiosos, de no interrumpir el culto. "Al que la naturaleza no ha concedido hijos —dice Manú— puede adoptar uno para que no cesen las ceremonias fúnebres"¹.

¹ *Leyex*, IX, 10.

2. — LEGITIMIDAD DE LA ADOPCIÓN. — Fustel de Coulange menciona el alegato de un orador griego en cierto proceso en que se disputaba la legitimidad de la adopción. Y con tal motivo, el abogado explicaba los fundamentos de la adopción en Grecia: "Menecles no quiso morir sin hijos; deseaba dejar detrás de sí a alguien para que lo enterrase y le tributase después las ceremonias del culto fúnebre... Si anuláis mi adopción— afirmaba dirigiéndose al tribunal ateniense— haréis que Menecles haya muerto sin dejar hijo tras de sí, y, en consecuencia, nadie celebrará los sacrificios en su honor, nadie le ofrecerá las comidas fúnebres, y, en fin, quedará sin culto."

El mismo fundamento de la adopción se encuentra en la India, en Egipto y en Roma. Cicerón explica los móviles de la institución en Roma, y dice: "¿Cuál es el derecho que regula la adopción? ¿No es preciso que el adoptante se encuentra en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos? Adoptar es pedir a la religión y a la ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza."

De esta referencia surge que una condición *sine qua non* de la adopción era la de que el adoptante no haya engendrado ningún hijo y que por razones de edad, o de salud, descarte toda posibilidad para el futuro. Esta norma se contradice con numerosos testimonios de la historia romana en que un mismo jefe de familia tiene hijos legítimos y otros por adopción, pero es evidente que la ley y la doctrina repudiaban esta práctica y la sancionaban de nulidad.

Según la relación de Fustel de Coulange, el niño que ingresaba a la familia del adoptante, al entrar al nuevo hogar adoptaba implícitamente los nuevos manes y se obligaba a reverenciar a los Penates, al par que rompía todo vínculo con los suyos propios. "El hombre —dice— venía a ser tan completamente ajeno a su antigua familia que si llegaba a morir, su padre natural no tenía el derecho de encargarse de sus funerales y de presidir su entierro. El hijo adoptado ya no podía reingresar en su antigua familia, la ley sólo se lo permitía cuando habiendo tenido un hijo, lo dejaba en su lugar a la familia adoptante. Se creía que, aseguraba de este modo la perpetuidad de la familia, podía salir de ella. Pero en este caso rompía todo lazo con su propio hijo"².

Mas con la evolución de los tiempos y de las costumbres, la adopción sufrió también una transformación al ir perdiendo su carácter religioso, para convertirse en un resorte de la familia civil. El sentimiento de aristocracia del ciudadano encontró en esta

² F. DE Coulange: *Ciudad antigua*, página 84.

institución una expresión de poderío y majestad. Se convirtió en un medio para asegurar la supervivencia de la familia en una época en que cada ciudadano tenía su papel político en el Estado. "No pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos *ex justis nuptiis*, la familia civil estaba expuesta a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones o bien por la descendencia femenina y entonces la adopción se imponía como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad"³.

Esto significa, en esencia, que la adopción en Roma no tenía más finalidad que continuar la línea de la aristocracia y del privilegio de los ciudadanos. Para perfeccionar la adopción eran indispensables la ingerencia de la curia y del príncipe: esto es, de la Iglesia y del Estado.

3. — EL RÉGIMEN DE ADOPCIÓN HEBREA. — Como dijimos al comienzo, entre los hebreos la institución difería en forma absoluta. Desde luego, podía realizarla el padre o la madre, indistintamente. La adopción no se cumplía con extraños, sino con parientes; o esclavos que eran considerados como formando parte de la familia⁴.

La mujer estéril adoptaba los hijos de la sierva que ella había conducido hasta el tálamo de su marido⁵. El jefe de la familia, con el deseo de favorecerlos, en la sucesión, adoptaba como hijos a los hijos de sus nietos. El acto de la adopción se cumplía mediante una ceremonia en la que se tomaba al niño colocándolo sobre las rodillas del adoptante⁶. La mujer cumplía la ceremonia apretando al niño contra su pecho⁷. También atestigua la Biblia que se formalizaba la adopción echando un manto sobre la persona adoptada⁸.

Como se advierte a través de la versión bíblica, la adopción entre los israelitas tenía más bien un carácter civil y político, con la mira de corregir las fallas de la naturaleza. La institución estaba impregnada de un alto sentido humanitario desde que solamente comprendía a los parientes del adoptante, particularmente aquellos

3 E. PETIT: Obra citada, página 123.

4 *Libro de Esther*, capítulo II, versículo 7; *Libro de Ruth*, capítulo IV, versículo 16.

5 *Génesis*, capítulo XVI, versículos 1 y 2; capítulo XXX, versículos 1 y 3.

6 *Génesis*, capítulo XXX, versículo 3; capítulo XLVIII, versículo 12; capítulo L, versículo 23.

7 *Libro de Ruth*, capítulo IV, versículos 16 y 17.

8 *1 Reyes*, capítulo XIX, versículos 19 a 21.

que carecían de padre y madre o se hallaban expuestos a las contingencias de la vida. Aun en los tiempos presentes y en aquellos Estados que admiten la adopción, las familias israelitas pudientes practican dicha institución, fundada en altos sentimientos de confraternidad con los miembros de una misma grey.

CAPÍTULO XVIII

ADQUISICIÓN DE BIENES

Sumario: 1. *Formalidades de los contratos. Testigos.* — 2. *Incapacidad para ser testigo.* — 3. *Modos de adquisición de los bienes.* — 4. *Requisitos para la transferencia de bienes.* — 5. *Condiciones de la compraventa.* — 6. *Lesión en el precio.* — 7. *Locación y venta.* — 8. *El contrato de compraventa y el Jubileo.* — 9. *El derecho de propiedad en Roma y en Israel.* — 10. *El Año Sabático.* — 11. *Vicios y nulidades en la venta.* — 12. *Otros medios de adquisición.*

1. — FORMALIDADES DE LOS CONTRATOS. TESTIGOS. — "Los judíos no conocieron por espacio de mucho tiempo ni notarios, ni registros, ni contratos, a lo menos con las formalidades que se hicieron después; y así, cuando dos ciudadanos querían convenir mutuamente en alguna cosa, declaraban su voluntad en presencia de testigos, en un paraje público, y la convención hecha de éste modo era irrevocable"¹.

Pero no obstante la ausencia de formalidades externas —en las que eran tan pródigas las leyes romanas—, es evidente que con la evolución de las costumbres y la creciente complicación de las transacciones, entre los hebreos se comenzaron a usar instrumentos para afirmar la voluntad de los contratantes y fijarlas de modo que no estuvieran las obligaciones supeditadas al simple auxilio de la memoria, propia o de terceros. Así, poco a poco, se fue llegando a la formalización de los contratos escritos, que para ciertas instituciones asumieron los caracteres de elementos indispensables; algo más que simples medios de prueba². El caso de la *ke-*

1 PASTORET: Obra citada, página 157.

2 ALBERT EDWARD BRAILEY, autor del interesante libro *Daily Life in Bible Times*, cuya primera versión española data del año 1947, describe los usos y costumbres del pueblo hebreo en los tiempos del patriarca Abraham. Y refiriéndose a los hábitos de registrar en forma escrita todos los actos jurídicos y transacciones comerciales, observados allá, a unos mil setecientos o mil ochocientos años antes de Cristo, expresa: "El arte de escribir, tal como se practicaba entre los sumerios (primitivos habitantes de la Mesopotamia), estaba destinado a propagarse por todas las regiones

tubá, contrato de matrimonio, es típico y demuestra cómo se estabilizaron las normas al extremo de que el contrato fue elemento esencial e irremplazable de la comunidad matrimonial.

Si atendemos al testimonio de la *Vulgata*, debemos concluir que al instituirse el uso de las convenciones escritas, se comenzó

bíblicas. Se convirtió en el instrumento de todos los negocios y llegó a ser el lenguaje del Estado. Por eso, la correspondencia oficial entre los reyes de la Palestina cananea y los faraones de Egipto, en el siglo XIV antes de Jesucristo (tabletas del Tell-el-Amarna), fue escrita no en jeroglíficos, sistema del pueblo soberano, sino en escritura cuneiforme, sistema del pueblo subyugado. El examen de este arte resulta interesante.

Aunque no puede decirse que los habitantes de Ur (ciudad de nacimiento del patriarca Abraham; *Génesis*, capítulo XI, versículo 31; capi, tubo XV, versículo 7) fueran cultos, muchos de ellos, sin embargo, sabían escribir. Esto se explica si se considera que a ley exigía un documento escrito por cada intercambio comercial. "Estenógrafos" y contadores eran muy solicitados y el aprendizaje de su profesión exigía tanto tiempo y habilidad como la que requiere hoy el dominio del inglés. Todo se escribía sobre arcilla, con un palillo triangular. Estos caracteres se llaman *cuneiformes* (del latín: *cuneas*, *uña*) porque todas las marcas dejadas por el estilite en la arcilla tienen forma de *uña*. Los sumerios pudieron o no haber inventado el sistema, lo cierto es que lo introdujeron en Mesopotamia, donde sufrió la evolución habitual, del signo figurativo a la sílaba. Cómo los modernos han llegado a descifrar este sistema, ha sido narrado muchas veces, pero nunca con tanto detalle y amenidad como en el libro del doctor CHIERA: *They, Wrote on Clay*.

"Visitemos a un escriba profesional y observemos el procedimiento de la escritura. Imaginemos que Nahor, que ha quedado en Ur, encargado de una rama del comercio de ganado, cuando Terah (el suegro de Abraham) y Abraham, trasladaron lo más importante del negocio a Harán (implicado en el *Génesis*, capítulo XI, versículos 27-31), está por enviar río arriba un lote de mil asnos comprados a un mercader hebreo, recién llegado de Arabia. Inmediatamente se dirige al lugar en que se encuentran los escribas, es decir, a las puertas de la ciudad. Elige uno que tenga fama de ser prolijo y exacto, y le explica el carácter del documento que necesita. El escriba saca de su cubo un trozo de arcilla del tamaño requerido. Esta arcilla ha sido preparada por él mismo o por un obrero especializado; es arcilla de cierta calidad, libre de impurezas, amasada hasta el grado necesario de consistencia y que tiene la forma de una rebanada de pan de trigo. Mientras sostiene la arcilla con su mano izquierda, el escriba apoya su punzón triangular sobre la superficie blanda, volteando el palillo desde a posición vertical a la horizontal u oblicua, hasta que ambos lados de la tableta estén casi totalmente cubiertos. Ahora, Nahor *tiene* que firmar. Para esto saca del cabezón de su túnica una cinta en cuya punta se hala un pequeño cilindro de ágata que tiene una pulgada de espesor y un octavo de pulgada de diámetro. El cilindro está cubierto de figuras taladas en a piedra (*intaglio*). Haciendo rodar el cilindro por a parte inferior de la tableta, donde se le ha reservado un espacio, deja en la arcilla un relieve rectangular del dibujo. No es, por cierto, el nombre de Nahor, pero sí una divisa que ha adoptado para servirle de sello y que todos sus agentes comerciales son capaces de reconocer. Además el escriba atestigua por medio de nue-

a requerir de los intervinientes en un contrato, no solamente el texto de las obligaciones recíprocas, sino también su firma y rúbrica, así como la de los testigos³. De este modo se creó una obligación que aún hoy se desconoce en ciertos pueblos del Asia: la de que los testigos no solamente figurasen en el acta, sino que la firmen y rubriquen en prueba de asistencia.

Según los historiadores de la época, a las formalidades de los contratos se agregó, con el curso de los años, la obligación de obtener copias para destinarlas a cada uno de los contratantes; la razón es sencilla: no podía confiarse a uno de ellos el documento, a riesgo de que lo extraviase o simplemente lo negara cuando llega la oportunidad de exigir el cumplimiento de lo pactado.

De este modo —atento a lo indicado por Calmet, en una famosa disertación intitulada *Sobre la forma y materia de los libros antiguos y sobre los diversos modos de escribir*— se hizo obligatorio obtener una copia simple del contrato, sin firmas, ni sellos, la que quedaba abierta; es decir, no sometida a las prescripciones sobre el cierre de los contratos, en las diferentes formas en que se lo hacía. De acuerdo a una manifestación de un historiador, durante su época, era hábito hacer dos contratos, estrictamente iguales entre sí, sellando uno y dejando abierto el otro. La copia era

vos caracteres cuneiformes que es ésta a firma de Nahor de Ur. Igualmente fijan su sello los testigos si son necesarios. El escriba toma ahora un nuevo pedazo de arcilla, lo aplana para darle el espesor de una costra de papel y lo arrolla muy ajustado alrededor de a carta, cuidando de sacar toda la arcilla que sobra y redondeando las aristas de modo que esta nueva tableta sea la exacta reproducción de a que lleva dentro. Esto es literalmente el sobre de la carta. Este original documento ya no puede ser revisado o violado por ningún entremetido..." — A. E. BRAILEY: Obra citada, páginas 19 y 20.

3 Una *Mishná* talmúdica (fol. 167) determina: se puede escribir una carta de divorcio y poner a firma de los testigos, y dársela al marido en ausencia de su mujer; se puede escribir el recibo de a *ketubá* y poner la firma de los testigos y dársela a la mujer en ausencia del marido. Pero es necesario conocer al hombre y a la mujer. Es el marido quien paga al escribiente. Se puede escribir un acta de préstamo y poner a firma de los testigos y dársela al deudor en ausencia del acreedor, pero no se debe hacerlo para el acreedor en ausencia del deudor. Es el deudor quien paga al escribiente. Se puede escribir un acta de venta y poner la firma de los testigos y dársela al vendedor en ausencia del comprador, pero no se debe hacer para el comprador en ausencia del deudor. Es el comprador quien paga al escribiente. Las actas de esponsales o de casamiento que encierran compromisos pecuniarios no deben ser escritas más que cuando el hombre y la mujer consienten. Es el novio o el esposo, quien paga al escribiente. No se puede escribir el acta de arrendamiento sin que el arrendatario y el propietario lo consientan. Es el arrendatario quien paga al escribiente. No se puede escribir as actas concernientes a un proceso sin que los pleitistas consientan; ambas pagan al escribiente.

destinada a ser enterrada en un vaso de material que la resguardase de los deterioros del tiempo.

La fecha de los contratos se relacionaba con el año del reinado de aquél a quien le tocaba en suerte gobernar el país; ello ocurría durante el imperio de los reyes. Posteriormente se hacía alusión a la presencia de los reyes extranjeros que sojuzgaban la nación hebrea y a la de la fundación del mundo.

El Talmud contiene numerosas disposiciones acerca de las formalidades que debían llevarse a cabo para asegurar la validez de los contratos. Asimismo se legislaba en forma amplia sobre la institución de los testigos, tanto en materia penal como en la civil.

Una *Mishná*, contenida en el *Tratado Babá Batrá*⁴ establece: "En un acta simple, los testigos firman en el cuerpo de la escritura, al pie del acta; en un acta plegada y cosida, sobre el dorso⁵. Si las firmas de los testigos se encuentran sobre el dorso de un acta simple, o bien si una acta plegada y cosida lleva las firmas de los testigos en el cuerpo de la escritura, en los dos casos esa acta es nula. Rabi Hanina, hijo de Gamaliel, dice: "Si el acta plegada y cosida tiene las firmas de los testigos en el cuerpo de la escritura, es válida, porque se puede descoser y desplegar para hacer un acta simple. Raban Simón, hijo de Gamaliel, dice: Todo depende del uso del país (en el cual los judíos habitan). Un acta simple debe ser firmada por dos testigos; y un acta plegada y cosida debe ser firmada por tres testigos; si el primero no tiene más que una firma, es nulo; si el segundo no tiene más que dos firmas, es nulo⁶.

⁴ *Tratado Babá Batrá*, Perek X, fol. 160.

⁵ Según el doctor RABINOWICZ, en ciertos lugares de Judea, existía la costumbre de hacer actas plegadas de la siguiente manera: se escribía una línea o dos, dejándose en blanco un espacio igual; se plegaba en seguida el espacio sobre a parte escrita que la cubría exactamente, se cosía ambas partes juntas, constituyendo el primer pliego. Después se escribía todavía una línea o dos, y se dejaba un espacio igual, plegándose en seguida el espacio sobre a parte escrita, se cosía ambas partes juntas, que constituían el segundo pliego, y así sucesivamente. Los testigos firmaban fuera, de modo que no se podía leer sus firmas sin descoser el acta; pero para leer el acta, era necesario descoserlo, descosiendo el acta y desplegándola, se veían las partes escritas separadas las unas de las otras por un espacio de igual extensión.

⁶ Como es sabido, para la ley israelita, el testimonio único no era válido, especialmente para los hechos del derecho criminal. GABRIEL TARDE, en su importante libro *De las transformaciones del Derecho*, expresa a este respecto: "Habrà quizá quien crea que la regla *testis unus, testis nullus*, universalmente seguida en la Edad Media europea y conservada hasta nuestros días en algunas legislaciones particulares de los Estados Unidos, tiene su fundamento en a naturaleza humana, y que su universalidad relativa

Si bien los pueblos de la antigüedad clásica conocieron algunas de las formas modernas de los contratos, está fuera de discusión que sólo en Roma alcanzaron la verdadera categoría de tales. "La regla antigua —dice E. Petit— que domina aún en la época clásica, y que subsiste aun en tiempos de Justiniano, es que el acuerdo de voluntades, el simple *pacto*, no basta para crear una obligación civil. El Derecho civil no reconoce este efecto más que a convenciones acompañadas de ciertas *formalidades*, cuya ventaja es dar más fuerza y más certidumbre al consentimiento de las partes, y disminuir los pleitos, encerrando en límites precisos la manifestación de voluntad. Consistían, bien en *palabras solemnes* que debían emplear las partes para formular su acuerdo, bien en *menciones escritas*; bien, por último, en la *remisión de una cosa*, hecha por una de las partes a la otra. Estas formalidades, llevadas a cabo, venían a ser la *causa* por la que el Derecho civil sancionaba una o varias obligaciones... Cada una de las convenciones así sancionadas por el Derecho civil formaba un *contrato* y estaba designada por un nombre especial. Los contratos en Derecho romano son, pues: *unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho civil.*" Cuatro clases de *contratos* se conocieron en Roma, desde fines de la República, conforme a las distintas modalidades que debían acompañar a la convención: *Verbis litteris, re y solo consensu*.

Sin esta precisión, el Derecho hebreo reconoció, antes que Roma, las mismas clases de contratos, y es evidente que muchas de las formalidades y solemnidades de que estaban rodeados, pasaron a la legislación románica y de allí a todas las de Occidente.

2. — INCAPACIDAD PARA SER TESTIGO. — Una *Mishná* del *Tra-tado Sanedrín* determina quiénes están legalmente incapacitados para ser testigos ; ellos son : los que juegan a los dados, los que prestan a usura, los que hacen apuestas mediante cierto juego de niños, los que hacen comercio con los frutos del año de la *shmitá* ⁷. Según la opinión de rabí Judá, todos estos no son afectados

explique de este modo. Pero si hacemos caso de M. VIOLET (*histoire du Droit Français*), esta regla, que exige dos testigos, se funda en su origen sobre este pasaje del Evangelio de San Juan: *In lege vestrá scriptum est quod dorum hominum testimonium verum est*. De ese texto evangélico, la prescripción hebraica se ha extendido por ambos mundos. Probablemente, no hace falta investigar en otra parte, sino en esta costumbre judía; la explicación de la costumbre árabe, que exige también dos testigos, con esta modificación, sin embargo: *dos testigos hombres*, o bien un *hombre y dos mujeres*." — G. TARDE: *Obra citada*, páginas 55 y 53.

⁷ *Levítico*, capítulo XXV, versículos 4 a 6.

por incapacidad judicial sino cuando no tienen otra ocupación, porque, dice Rashi, no teniendo oficio ni ocupación seria, no conocen las leyes, ni el comercio de los hombres entre sí, y no son religiosos; pero si tienen un oficio honesto, pueden ser jueces y testigos.

Pero los demás doctores niegan fundamento a la discriminación efectuada por rabí Judá, afirmando que aun cuando tuvieren oficio u ocupación útil, los individuos señalados por la ley están legalmente incapacitados para ser jueces o testigos.

Se lee en una *beraitá*, acerca de los jugadores: Son incapaces de ser jueces ni testigos, pero si se arrepienten, es decir, si destrazan los instrumentos del juego y se deciden a no jugar más, ni aun por simple entretenimiento, o distracción, se les devuelve la capacidad plena. Análoga suerte tienen los que prestan a usura, si deshacen los actos en que se han comprometido y se proponen, solemnemente, a no repetir el abuso. Lo mismo en cuanto a los que realizan apuestas o trafican con los frutos del *séptimo año*.

Otra *beraitá* fulmina de incapacidad legal para ser testigos, a los que se apoderan con violencia de lo que pertenece a otro, y los que fuerzan a otro a vender sus objetos. Estas incapacidades están sancionadas expresamente por la Ley bíblica, y la Lev talmúdica se limita a repetir la prescripción. Otra *beraitá* extiende la incapacidad para testimoniar, a los pastores que arrean sus ganados, haciéndolos pastar en un campo que no les pertenece, y a los peajeros (los que perciben los derechos de peaje, o de pasada). La *Guemará* explica, en cuanto a estos últimos, que no se les considera gente deshonesto, sino que son personas encargadas de percibir impuesto o tasa fijado por el Estado, a cargo de los particulares; pero cuando se ha notado que extorsionan cobrando más tasa que la que el gobierno ha establecido, se les declara incapaces de testimoniar.

Un precepto talmúdico inspirado en las reglas religiosas de la Biblia, impide prestar testimonio al que se alimenta de carne prohibida, como la del cerdo. La *Guemará* aclara que la prohibición sólo existe cuando el infractor de la Ley religiosa la comete en público; no así cuando se alimenta de cerdo en forma que no puede trascender.

El mismo *Tratado Sanedrín* (fol. 27) establece que el testigo convicto de haber incurrido en falsedad, por una coartada (*alibi*), se torna incapaz de testimoniar desde el momento en que ha depuesto; si con posterioridad ha prestado otros testimonios, aun antes de ser convencido de falsedad, sus declaraciones están viciadas de nulidad.

3. — MODO DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES. — La legislación de Israel no difiere en ciertos aspectos de los usos y costumbres de la mayoría de los países que le eran contemporáneos, en cuanto se refiere a las transacciones en general. La inexistencia de otro patrón que el dinero para estimar el valor adquisitivo de los bienes, hacía que en todos los países el modo de validar y perfeccionar una transacción cualquiera, fuera mediante la entrega de dinero, el que carecía de todo cuño y se entregaba al peso. Los israelitas de los tiempos primitivos, y aun bíblicos, que carecían de toda noción del contrato verbal o escrito, como del acta de la comprobación de una actividad jurídica, se limitaban a hacer intervenir el dinero como único requisito, y por cierto el más natural.

Mientras el vendedor de una cosa mueble o inmueble, por ejemplo, no había efectuado el pago, la venta no tenía ni siquiera principios de ejecución. Y si el pago no se producía, la operación carecía de todo valor y trascendencia. Pero, en cambio, verificado el pago, la venta se tornaba irrevocable.

Israel-Michel Rabinowicz compara en su primitivismo éste trámite, con el del matrimonio, que se tenía por cumplido entre los pueblos paganos, por el sólo acto material de la cohabitación, Y tan simple y rudimentario proceso, adoptado, incluso entre los israelitas, para la adquisición de los bienes, se prolongó hasta los tiempos bíblicos. Moisés no hizo otra cosa, en éste respecto, que seguir la orientación de las costumbres y los usos, que venían de la más remota antigüedad.

Debe decirse que el *precio* no sólo se atribuía a los bienes propiamente dichos, pues la Escritura está llena de ejemplos en los que se perfecciona el propio matrimonio por la entrega de dinero que se efectuaba por el peso de las monedas, antes que por un valor convencional como en nuestros tiempos.

El *Génesis*⁸, al relatar la historia de como José fue enviado por sus hermanos a buscar a Benjamín, hizo poner dentro de los costales el dinero del trigo que había adquirido, y como éstos se admirasen de encontrar su mismo dinero, lo reembolsaron después, cuando fueron a Egipto por segunda vez, llamándole la atención a José de que el *peso estaba igual*.

El mismo Libro refiere la ceremonia de compra de un lugar para sepultar a su esposa Sara, por parte del patriarca Abraham. El propietario de la heredad donde Abraham había resuelto ocultar los restos de su esposa, recibió del adquirente cuatrocientos si-

⁸ *Génesis*, capítulo XLIII, versículo 21.

culos de plata, *de buena ley entre mercaderes, y pesó Abraham el dinero que dijo*, según destaca el precepto⁹.

Cuando Jeremías compró un fundo de su pariente Hanameel¹⁰, pesó en una balanza el precio de la compra.

Como surge del propio texto bíblico, la condición *sine qua non* era la entrega del precio, en forma de moneda de la época, que se pesaba en presencia del pueblo congregado en ciertos lugares determinados, siendo los circunstantes quienes hacían el papel de testigos y aun de notario público.

Conforme a testimonios extraídos de la Biblia, la forma más común para formalizar relaciones de orden jurídico, transacciones, era el de que los intervinientes se estrechasen públicamente las manos, en señal de consentimiento. En efecto, recién en el *Libro de Tobías*¹¹ encontramos los primeros rastros de un contrato escrito, de acuerdo a los caracteres modernos, formalizando un contrato matrimonial y una deuda de dinero, si bien la referencia a instrumentos escritos se remonta al *Deuteronomio*¹², cuando se manda al marido que repudia a su mujer, *escribirla* una carta de repudio.

En cambio, Egipto ya conocía la forma escrita de los contratos. Pueblo formalista y minucioso "contribuyó —según sostiene un autor— con la Caldea a fijar el moderno carácter documental del Derecho. Sin que haya resquicio a duda, de allí deriva el acto escrito, de allí ha sido copiada la forma instrumental: los notarios han nacido en Egipto"¹³.

El Egipto fue, en efecto, entre los pueblos de la antigüedad clásica, el primero en desenvolver importantes instituciones jurídicas, dándoles una forma que las aproxima a las que aun rigen hoy en el mundo. Conforme a las más modernas investigaciones, para la compraventa no se conformaban solamente con la entrega del precio, sino que era indispensable formalizar un contrato por escrito, con la intervención de testigos y aun de un funcionario, que no era otra cosa que el moderno escribano o notario público. Igualmente se había instituido un verdadero *Registro de la Propiedad*, bajo el nombre de *graphion*, donde se inscribían los contratos.

Capdevila transcribe un instrumento de la época, donde se lee: "El año... Ni mis hijos, ni mis hermanos, ni hombre alguno del mundo podrán venir a inquietarte a propósito de lo que aquí hemos convenido. En caso de que viniese a turbarte, yo mismo procuraré

9 Génesis. Capítulo XXII versículo 16.

10 Libro de Jeremías, capítulo XXXI, versículo 9 y siguientes.

11 Libro de Tobías. Capítulo VI, versículo 16; capítulo IX, versículo 3.

12 Deuteronomio, capítulo XXIV, versículo 1.

13 A. CAPDEVILA: *El Oriente Jurídico*, página 111.

su condena a tu favor en cualquiera de los tribunales del mundo, como también mis hijos y mis hermanos que me representaren. Y esto hasta un monto cualquiera de plata o trigo o de cualesquiera otra cosa que le agrade a tu corazón. Y esto para siempre jamás." ¿No es esto lo que en el moderno Derecho se conoce bajo el nombre de *garantía de evicción*, en la compraventa?

Babilonia fue, como Egipto, tierra fecunda en creaciones del Derecho. Conforme al testimonio de von Ihering, sus habitantes conocieron y practicaron el mutuo, el comodato, la sociedad, la compraventa, la locación, la prenda y el anticresis. El contrato escrito con la firma de testigos y la presencia del escribano, son evidentemente pruebas de una evolución jurídica que asombra para la época. Pero en cuanto al detalle, a la minucia, al formalismo del Derecho llevado hasta límites inverosímiles, Roma se lleva la palma sobre todos los demás pueblos.

A estar al testimonio de sus historiadores, desde los tiempos primitivos, cada jefe de familia tenía cuidado de anotar día por día, sino hora por hora, cuanto llevaba realizado. Sus obligaciones y créditos eran registrados minuciosamente en una especie de libro borrador, cuyos números, al cabo de cierto tiempo eran pasados a un registro, denominado *Codex*. A un lado estaban escritos los ingresos: *acceptum*; de otro lado, los egresos: *expensum*. Para crear una obligación, el acreedor inscribía en su *codex* el nombre del deudor, que consentía en ella, con la mención de la cantidad otorgada en préstamo. Este es el origen de cierto tipo de contrato que en el Derecho romano reconoce el nombre de *litteris*¹⁴.

Frente a las tentativas y realizaciones de pueblos hondamente impregnados de materialismo, las simples y puras fórmulas hebreas aparecen como expresión de la infancia del mundo. El apretón de mano —forma de algunas maneras de pactar— es elocuente demostración de que la confianza recíproca y la fe en fuerzas religiosas superiores, dominaba, por entero, el panorama jurídico de Israel.

A medida que evolucionaban las costumbres y la vida se hacía más compleja, era natural que las transacciones se hicieran más enmarañadas y que la ley viniera a proteger a los intervinientes en todo negocio jurídico.

Así puede verse cómo de los contratos sencillos y casi diríamos patriarcales, cumplidos invariablemente en presencia de numerosas personas, o del pueblo en general, habría de buscar una relación con los usos y costumbres de las demás naciones con las que Israel tomaba contacto. Y así el Derecho se va perfeccionando,

14 E. PETIT: Obra citada, página 353.

asimilando normas extrañas y adaptándolas a las modalidades propias.

Un doctor rabínico de la época pudo explicar de este modo las transformaciones que se fueron operando: "Según la Ley mosaica, se podía tornar la venta válida por el pago. Pero, de resultas de la extensión de las transacciones, esta ley presentaba inconvenientes. Las compras se han vuelto frecuentes y considerables; los compradores pagan las mercaderías pagadas, adquiridas por el comprador y permaneciendo entre tanto al cuidado del vendedor, están expuestas a grandes peligros. El vendedor no tiene ningún interés en ponerlas al abrigo del fuego, del robo y de todo género de accidentes. Para remediar estos inconvenientes, la Ley rabínica ha establecido que se tornará la venta válida no sólo pagando la mercadería, sino también haciendo el acto de simple *meshicá*, la acción de atraer la mercadería hacia sí o de desplazarla."

Debe agregarse que en la época talmúdica, bajo el régimen de la *meshicá* (toma de posesión), se podían hacer ventas a crédito y se las hacía irrevocables por la *meshicá*, cuando el comprador carecía de dinero para efectuar el pago total de inmediato, lo cual era legalmente imposible bajo la Ley mosaica.

Para los inmuebles se crearon otros medios de perfeccionar la transacción y se agregaron requisitos para la validez del acto, que eran desconocidos en la legislación y en el uso bíblico.

En términos generales, los hebreos admitieron muchos modos de adquisición análogos a los de la Ley romana, con cuya jurisprudencia suelen tener notables concomitancias y coincidencias. El dominio sobre las aguas del mar y de los ríos; la ocupación; el régimen de las cosas sin dueño y los objetos perdidos; el dominio público y privado; la traslación del dominio de los bienes raíces; el ejercicio de ciertas acciones en defensa de los derechos de propiedad y posesión de los bienes; el empleo de las acciones redhibitoria y de evicción y saneamiento; ciertos interdictos, etcétera, aparecen como copia servil en leyes y senadoconsultos romanos, quienes las tomaron directamente o a través de algunas fuentes intermedias, de las leyes mosaicas. La irradiación del Derecho judaico por el mundo occidental, a través del romano, explica que en los pueblos modernos se adviertan rastros de viejos preceptos y mandamientos de Israel.

4. — REQUISITOS PARA LA TRANSFERENCIA DE BIENES. — No obstante las formas primitivas y simples que utilizaban los hebreos, aun en la época bíblica, para la transferencia de los bienes, paulatinamente se fueron complicando los procedimientos y a cierta altura de la evolución de su Derecho, la regla de perfeccionar el

contrato mediante la entrega del precio fue modificada. Ya no era suficiente éste requisito, sino que para evitar dificultades originadas por la práctica, se incorporaron otros requisitos. De este modo, las traslaciones de la propiedad exigían tres elementos indispensables para su validez: el precio, representado por el dinero, que se pesaba; la *escritura de contrato* y la *toma de posesión*. De este modo la transferencia del dominio se fue aproximando a la que en los tiempos de perfeccionamiento del Derecho romano se practicaba en Roma. Se efectuaba una discriminación respecto de los bienes muebles e inmuebles: para los primeros, que podían transferirse por venta, cambio o donación, el cumplimiento de los tres recaudos a que nos hemos referido, no era indispensable. En efecto, sólo se debían cumplir los dos esenciales, del precio y de la realización de un acto de dominio que podía ser la *tradición*, la *aprehensión del objeto* por parte del adquirente o su *desplazamiento* del lugar donde lo tenía el vendedor.

Asimismo era bastante que el comprador dispusiera del bien para el consumo o el uso, con el consentimiento del otro contratante. Mientras no se operaba la expresión de la posesión, en alguna de las formas, aunque más no fuere, simbólica, la venta no se hallaba terminada y el comprador podía arrepentirse, reclamando la devolución del precio pagado. Si en vez de una venta se trataba de una permuta, era necesaria la toma de posesión — o tradición— recíprocas y simultáneas, para que el contrato se diese por finiquitado. En cuanto a la donación, no se requerían otras formalidades que para la venta, de modo que el donante no estaba obligado mientras el donatario no se hallaba en posesión de la cosa.

De acuerdo con las normas talmúdicas, para el perfeccionamiento de la venta de las cosas muebles, era indispensable cumplir con la formalidad básica de la *meshicá*.

Esta formalidad consiste en el acto de atraer hacia sí el objeto de la venta, es decir, aprehenderlo, asirlo, desplazarlo del lugar donde se encuentra¹⁵. No existe diferencia esencial entre los actos simbólicos y meramente formalistas que se empleaban entre los romanos para dar la noción gráfica de la transferencia de la posesión.

Pero, a más de la *meshicá* era necesario, en la época de la Ley rabínica, cumplir con otras formalidades. Entre ellas, la denominada *kinyán*, que designa el acto por el cual se hace verdaderamente válida la adquisición, por medio de la compra o la donación. Esta palabra indica el acto siguiente: Cuando se vende o se hace donación de un objeto o cosa mueble, dicha venta o dona-

15 Etimológicamente proviene del verbo *mashok*, que significa "sacar".

ción no logra validez sino por medio de los tres modos de adquisición establecidos por el Talmud: la *meshicá*, la *mesirá*, o el levantamiento del objeto de la transacción. Si dos individuos permutan entre sí dos objetos, era suficiente que uno de ellos efectuara la adquisición del objeto por uno de los tres procedimientos aludidos, para que el otro obtuviese el objeto del cambio. Si ninguno de los tres medios de adquisición, a que nos hemos referido, era aplicable, por cuanto el objeto de la venta o donación se hallaba lejos, la adquisición se hacía substituyéndose el objeto de la permuta por otro que uno de los contratantes tenía a mano. En la venta, era necesario acudir a la *meshicá*: habiendo el comprador recibido el objeto del vendedor, el adquirente se volvía propietario del objeto vendido.

En los tiempos bíblicos¹⁶, se establece otro trámite para la transferencia del dominio de los bienes muebles: *Había ya de largo tiempo esta costumbre en Israel* —se lee en dicho pasaje— *en la redención o contrato, que para la confirmación de cualquier negocio, el uno se quitaba el zapato y lo daba a su compañero: y éste era el testimonio de Israel*. En la época talmúdica se utilizaba, en lugar del zapato, un paño y posteriormente un pañuelo de mano. Se daba entonces el nombre de *kinyán* al acto de tomar el paño o el pañuelo de mano, para validar una venta o una transacción cualquiera, o para firmar un compromiso verbal a fin de hacerlo irrevocable. En esencia todos estos actos simbólicos reemplazaban al contrato escrito, que no es otra cosa que una prueba del contrato y no el contrato o parte integrante del mismo.

La compraventa de inmuebles entre los hebreos de la era talmúdica, estaba rodeada de más solemnidades. Conforme lo dispuesto en el *Tratado Kidushín* (fol. 26), se hace la adquisición de los inmuebles por uno de los tres medios siguientes: el *dinero*, el *acta escrita o venta*, y la *tradición*; si alguno de estos elementos faltaba, la venta se tenía por no cumplida. Si la compraventa recaía sobre un mueble y un inmueble, a la vez, se podía hacer la adquisición del primero con el segundo, empleando para éste último uno de los tres medios indicados. Por otra parte, de acuerdo con la misma *Mishná*, aunque no se difiera juramento para un procedimiento que concierna a un inmueble, si un pleitista es obligado a prestar juramento por un mueble, se le puede forzar, al mismo tiempo a prestarlo por el inmueble.

La *Guemará* admite la opinión de que, si se compra un mueble y un inmueble al mismo tiempo, se puede validar la adquisición del primero adquiriendo el inmueble, aunque el mueble no se en-

¹⁶ Libro de Ruth, capítulo IV, versículo 7.

cuentre en el otro, a título de adherido; pero es necesario que el vendedor diga al comprador: *Has la adquisición del inmueble para adquirir al mismo tiempo el mueble*¹⁷.

La *Guemará* se pregunta: "Si Rubén vende a Simón un inmueble y hace la donación de un inmueble, ¿Simón puede adquirir el último por la adquisición del primero?", y responde: "Se lee en una *beraitá* que raban Gamaliel ha arrendado un inmueble a rabí Josué y le ha hecho donación del décimo de sus frutos del campo, y rabí Josué ha adquirido la donación por la adquisición del inmueble arrendado." El mismo comentario pregunta: "¿Si Rubén dice a Simón: Has la adquisición del campo para que ese campo sea adquirido por ti y para que al mismo tiempo tales muebles sean adquiridos por Lévy, ¿puede admitirse o no que los muebles sean adquiridos por Lévy?" Y da la respuesta: "Se lee en la *beraitá* que se acaba de citar que raban Gamaliel ha arrendado un inmueble, para que el décimo de sus frutos fuese adquirido por los pobres; en consecuencia, la pregunta puede ser contestada en forma negativa."

En el *Tratado Babá Metziá* (Perek IV) se lee: "Cuando se compra un mueble por dinero, la compra se hace válida si el comprador realiza el acta de la *meshicá* sobre el mueble. Si un individuo da a otro denares de oro a cambio de denares de plata, la *meshicá* hecha sobre el oro torna válida la venta, pero no la *meshicá* hecha sobre los denares de plata (porque en éste caso es el oro el que se considera como mercancía). En general, en el cambio o permuta de monedas, las piezas que son menos corrientes son consideradas como la mercancía. Así en el cambio de monedas de cuero con las de plata, la *meshicá* de las piezas de cuero vuelve válido el cambio y no las de plata. Si se cambian monedas malas - que no son aceptadas en el comercio— con buenas, la *meshicá* de las malas hace válido el cambio, pero no el de las buenas. Si se cambia una pieza de moneda que ya tiene sus figuras (o sus leyendas), con una pieza que no las tiene aún, la *meshicá* de la última pieza hace válido el cambio, y no de la primera. En fin, si se compran muebles con plata, la *meshicá* de la mercancía hace la venta válida, pero no el de la plata. Si se hace un cambio de la mercadería (se trata de los muebles) con otra, la *meshicá* hecha sobre una de esas mercaderías hace válido el cambio."

Agrega la misma *Mishná*: "Si el comprador ha hecho la *meshicá* sobre la mercadería, aunque no haya entregado todavía la plata, la venta es válida. Si el vendedor ha tocado la plata, pero el comprador no ha hecho la *meshicá* sobre la mercadería (si se

¹⁷ *Tratado Kidushín*, fol. 27.

trata de un mueble), la venta no es válida y ambos pueden retractarse, pero el tribunal inflige al que se retracta una reprobación pública, diciendo que aquel que ha castigado a la generación del diluvio y la generación de la confusión de las lenguas¹⁸ castigará al que no mantiene su palabra. Rabí Simón sostiene que en el último caso, el vendedor que ha recibido la plata puede todavía retractarse, pero el comprador no puede retractarse y reclamar su plata si ya la ha dado, aunque no se haya hecho todavía el acta de la *meshicá*."

Aclarando el alcance del pasaje de la *Mishná*, que se refiere al acta escrita, la *Guemará* expresa que si bien se puede validar la venta de un inmueble mediante el pago del precio en dinero, esta ley se refiere a un país donde no existe el uso de hacer actas escritas para la venta. En aquellas regiones donde sí se exige este requisito, la venta no se perfecciona más que cumplida esta formalidad. Sin embargo, si las partes han convenido de que se validará la transacción por entrega del dinero, la venta es válida cumpliéndose tal condición.

Un intérprete del citado pasaje de la *Mishná*, aduce que cuando la *Mishná* dice que se puede validar la adquisición de un inmueble por el acta escrita, habla de un acta de donación; pero si se trata de una venta, el inmueble no es adquirido si no se ha entregado dinero.

Las divergencias acerca de la necesidad del acta escrita para hacer válida una operación de compraventa, según la Ley talmúdica, son numerosas e importantes, dejando ancho margen a los doctores y a los exégetas para sus interpretaciones.

El pasaje del *Tratado Kidushin*, que hemos citado en primer término, fue desarrollado en la jurisprudencia, a través de los más autorizados doctores. La *Guemará* registra una notable cuestión planteada por rabí Hamnuná en contra de la opinión de Samuel, quien niega validez al acta o contrato escrito, ateniéndose a que la única condición que debe cumplirse en la compraventa, es la del dinero.

Al respecto, encontramos en la *Guemará*: "*Cuestión de rabí Hamnuná contra Samuel*: Si un individuo escribe en un acta: "Mi campo te ha sido vendido, o mi campo te ha sido donado", la venta o la donación es válida. Resulta que el acta de venta es suficiente, por sí sola, para la adquisición." *Respuesta*: Rabi Hamnuná responde: Se trata de la venta de un campo que es muy malo; en ese caso se supone que el vendedor consintió en validar la venta antes de recibir el dinero. Rabí Asher responde que si se

¹⁸ Génesis, capítulo XI, versículo 7.

trata de una donación, solamente se escribe en el acta la expresión "*vendido*" para que el donatario adquiriera los derechos de un comprador¹⁹.

En la venta de los predios rurales, el Talmud introdujo una interesante novedad que no ha pasado a ninguna de las legislaciones inspiradas en la Ley hebrea. Ello no obstante, se trata de una modalidad de éste contrato, digna de ser recordada.

Antes de adquirir un campo, el comprador se hallaba obligado a asegurarse de que el vecino de la propiedad renunciaba al *derecho de prioridad* en la compra.

Esto ocurría solamente en el caso de venta a título oneroso, pues si se trataba de un bien heredado o recibido por donación, desaparecía el derecho a que nos referimos. Igual situación se producía si se reivindicaba un terreno por parte de quien había sido su anterior poseedor; en éste caso, como en los anteriores, se desvanecía el *derecho de prioridad*; igualmente, si se compraba un campo afectado de un gravamen; o, cuando el vecino pagano vendía a un israelita, y en fin, cuando el inmueble era puesto en subasta para pagar una tasa o impuesto fiscal debido al gobierno pagano. Tampoco regía el *derecho de prioridad* cuando se trataba de suministrar alimentos a los huérfanos, a la viuda y pagar los gastos de entierro.

¿En qué consistió, entonces, el mentado derecho? En la facultad de un colindante de adquirir un bien inmueble anexo al suyo, con preferencia a un tercero y siempre que se ajustara a las condiciones de la venta. Otro requisito exigía el Talmud y era de

¹⁹ *Tratado Kidushin.*

La *Guemará* adopta la opinión de que, si se compra un inmueble y un mueble, se puede validar la adquisición del último adquiriendo el primero, aunque el mueble no se encuentre en el inmueble; pero es necesario que el vendedor diga al comprador: Has la adquisición del inmueble para adquirir al mismo tiempo el mueble.

Pregunta: Si Rubén vende a Simón un inmueble y hace a donación de un mueble, ¿Simón puede adquirir el último por la adquisición del primero?

Respuesta: Se lee en una *beraitá* que rabi Gamaliel ha arrendado un inmueble a rabi Josué, y lo ha hecho donación del décimo de sus frutos del campo, y rabi Josué ha adquirido a donación por la adquisición del inmueble que él ha arrendado.

Pregunta: Si Rubén dice a Simón: Has la adquisición del campo para que ese campo sea adquirido por ti y para que al mismo tiempo tales muebles sean adquiridos por Levy, ¿Puede admitirse o no que los muebles son adquiridos por Levy?

Respuesta: Se lee en la *beraitá*, que se acaba de citar, que rabi Gamaliel ha arrendado un inmueble a rabi Akiba, para que el diezmo le sea adquirido para los pobres.

que ambos campos, el del vecino y el contiguo, pudieran ser trabajados, prolongando los surcos.

Ahora bien, la ley establecía algunas discriminaciones en la materia. Por ejemplo, si se tiene a elegir como vecino entre un pariente y a un sabio; entre dos compradores, a un instruido y a un ignorante, podía optarse sin que por ello se violara el *derecho de prioridad*, al sabio, en el primer caso, y al hombre instruido, en el segundo.

¿Cuál ha sido la finalidad de estas prescripciones legales? No podía ser otra que la de evitar —hasta donde fuere posible— el fraccionamiento de los predios, y una contribución a mantener las relaciones de buena vecindad entre los habitantes del agro.

En Grecia y Roma cada campo, así como cada casa de residencia, debía estar separado claramente del campo o del dominio del vecino. A estas separaciones se las conoce bajo el nombre de *términos*, y en lugar de asegurarse formas de convivencia y de cooperación, entre los habitantes de los predios contiguos, los griegos y romanos llevaron hasta la exageración la noción de los *términos*, o límites. El vecino, arando, se acercaba nunca demasiado al vecino, "pues entonces —como dice Ovidio—, el dios que se sentía tocado por el arado o el almocabre, exclamaba: *¡Detente; éste es mi campo; he ahí el tuyo!*" Y Platón concreta duramente este concepto, cuando dice: "Nuestra primera ley debe ser ésta: Que nadie toque el mojón que separa su campo del vecino, porque debe permanecer inmóvil. Que a nadie se le ocurra arrancar la pequeña piedra que se ha jurado conservar en su sitio."

¡He aquí el sentido brutal, absoluto e inhumano del derecho de la propiedad y de las reglas de comunidad social, que algunos autores intentan presentar como ejemplo de los primeros signos de comunismo en la historia!..

5. — CONDICIONES DE LA COMPRA. - Con esa minuciosidad que resulta admirable —propia del Derecho talmúdico— cuando se ocupa de una institución cualquiera, los doctores rabínicos han establecido diversas situaciones relacionadas con el contrato de compraventa, a las que vamos a referirnos. Se trata de sutiles discriminaciones acerca de la clasificación de las cosas, en principales y accesorias, que el Derecho romano ha llevado hasta sus últimos extremos.

El *Tratado Babá Batrá* (Perek IV), dice en una *Mishná* (fol. 61), al respecto: Si se ha dicho que se vende una *bait* (una casa): la *Guemará* dice que en la época talmúdica, en ciertos países, la palabra *bait* solamente se atribuía a un ambiente, una ha-

bitación en la cual se habitaba (se comía o se dormía); las piezas anexas si estaban comprendidas, la pieza lateral llamada *jatzia* no estaba comprendida, aunque ella esté en comunicación con el *bait*; en la venta del *bait* no está comprendida ni aun la pieza que hay dentro, en el interior, aunque se abra hacia el *bait*; ni el techo si tenía una balaústrada de diez *tefaim* de alto.

Otra *Mishná* del mismo Tratado (fol. 64) establece que si se vende un edificio, la cisterna no está comprendida, aunque haya estado escrito en el acta que se vende el edificio con toda su profundidad y altura; el vendedor está obligado a adquirir también el derecho de pasar por el edificio a su cisterna; ésta es la opinión de rabí Akiba. Los otros doctores afirman que no tiene necesidad de comprar este derecho. Rabí Akiba está de acuerdo con los otros doctores en que el vendedor no tiene necesidad de comprar el paso, si se ha escrito en el acta que vende el edificio, excepción hecha de la cisterna. Si un individuo vende la cisterna, conservando el edificio, rabí Akiba dice que el comprador no tiene necesidad de adquirir el derecho de pasar por el edificio; los otros doctores opinan que si debe adquirirlo; si no lo compra, estará obligado a pasar por otro camino menos cómodo.

En otra *Mishná* leemos: "Si un individuo vende una casa, están comprendidas en la venta las cosas fijas que se encuentran en ella (puertas, ventanas, la parte de la muela del molino que es fija, etcétera) pero no aquellas que se transportan (la llave, el horno, etcétera). Si el vendedor ha dicho que vende todo lo que hay dentro, todas estas cosas se hallan comprendidas."

Si un individuo vende un *hatzer*²⁰ —dice otra *Mishna* (fol. 67) — están comprendidas en la venta las casas, las cisternas, y las bodegas que allí se encuentran, pero no las cosas transportables. Si el vendedor ha dicho que vende el *hatzer* con todo lo que está en su interior, todas estas cosas se consideran comprendidas en la venta; pero, aun en éste caso, no se hallan comprendidas las casas de baños y los lagares.

Si un individuo vende un lagar, quedan comprendidas en esta venta todas las cosas fijas que allí se encuentran, pero no las que son transportables; si ha dicho que vende todo lo que se halla dentro, todas estas cosas son vendidas también. Igualmente si vende una casa de baños.

Una *Mishná* contenida en el mismo Tratado (fol. 68) determina: "Si un individuo vende una villa, ha comprendido en la venta las casas, los pozos, las cavernas, las casas de baños, los palomares, los lagares, los jardines (destinados al paseo, o los cam-

²⁰ *Hatzer* significa la casa con todas sus piezas y patios.

pos que rodean la villa) ; pero no las cosas movibles. Si ha dicho que vende la villa con todo lo que allí se encuentra, quedan comprendidas aun las bestias y los esclavos. Si un individuo vende un campo, ha comprendido en la venta las piedras necesarias al campo (después de la siega se dejan las gavillas para secarlas, poniéndoles piedras encima para que el viento no se las lleve), los rodriiones de las viñas, las espigas no cortadas, etcétera."

En fin, una *Mishná* (fol. 71) dice: "Si un individuo vende un campo, aunque haya dicho que lo ha vendido con todo lo que allí se encuentra, no ha comprendido en ésta venta la cisterna, ni el lagar, ni el palomar, ya sean vacíos o llenos. El vendedor está entonces obligado a comprar el derecho de pasar por el campo para llegar hasta la cisterna, el lagar, el palomar. Esta es la opinión de rabi Akiba; los otros doctores disienten afirmando que no tiene necesidad de comprar el paso, si escribe en el acta que vende el campo, con excepción de la cisterna, etcétera. Si un individuo vende su cisterna, el lagar o el palomar, reservándose el campo, rabi Akiba dice que el comprador no tiene necesidad de adquirir el derecho de pasar por el campo; los otros doctores disienten afirmando que sí debe adquirirlo, porque si no lo compra, estará obligado a pasar por otro camino menos cómodo. Todas las cosas antes mencionadas —termina la *Mishná*— que no están comprendidas en la venta del campo, están involucradas en la donación (si el individuo dice que ha hecho donación de su campo a otro). Si los hermanos se dividen entre ellos los campos de la herencia, el que obtiene el campo tiene todo lo que en él se encuentra. Si un individuo ha adquirido por el acto de la toma de posesión el campo de un extranjero muerto sin herederos, adquiere todo lo que se encuentra en el."

La *Guemará*, comentando este pasaje, pregunta por qué el Talmud ha establecido una diferenciación entre la venta y la donación. La respuesta es la siguiente: El que compra puede pedir lo que quiere; si no ha pedido que se inscriba en el acta las cosas que se encuentran en el campo, es porque no ha querido adquirirlas. Pero el que recibe una donación no puede reclamar que se inscriban todos los detalles en el acta: el que ha efectuado la donación debe ser preciso.

El Talmud es minucioso y detallado en la exposición de los innúmeros casos que la vida comercial plantea y todos ellos son resueltos de una manera uniforme, si bien la *Guemará* llega en sus interpretaciones, muchas veces casuísticas, a muy diversos resultados.

Pero siendo que la norma es general y uniforme, nos limitaremos a reproducir algunos de los casos más usuales en la vida

diaria. Si un individuo vende un navío ²¹, dice la *Mishná* (fol. 73), están comprendidos en la venta el mástil, las velas, y todo lo que es necesario para la marcha; pero no lo están los esclavos que lo conducen, ni el equipaje. Si el vendedor dice que vende el navío con todo lo que allí se encuentra, todas estas cosas quedan comprendidas en la transacción. Si un individuo vende un asno —se lee en otra *Mishná*— sus arneses no están comprendidos en la venta. Algunos doctores opinan que los arneses son cosas accesorias y por consiguiente sí están comprendidos; pero otros afirman que todo depende de la manera en que el vendedor se ha expresado. Otra *Mishná* (fol. 81) dispone que si un individuo compra dos árboles en el campo de otro, no ha adquirido la tierra que rodea ambos árboles. Rabí Meyer opina que sí la ha adquirido. Si las ramas de los árboles comprados se extienden mucho, el propietario del campo no tiene derecho a cortarlos; los que brotan del tronco pertenecen al comprador de los árboles; los que brotan de las raíces pertenecen al propietario del campo; si los árboles se secan, el comprador no tiene derecho de plantar otros en su lugar. Si el comprador ha adquirido tres árboles, ha adquirido el terreno que le es necesario; si las ramas se extienden más allá de este terreno, el propietario del campo puede exigir que se corten las que excedan el terreno adquirido por el comprador. Las ramas que brotan del terreno o de las raíces pertenecen al comprador; si los árboles se secan, el comprador tiene el derecho de plantar otros en su lugar.

6. — LESIÓN EN EL PRECIO. — Una ley, que pasó al Derecho romano, establecía que el precio en la compraventa debe ser *serio* (*verum*); esto significa que no debe ser insignificante con relación a la cosa vendida, o cuando el vendedor no tenía intención de exigir el precio estipulado. Según una regla de Ulpiano, en tal caso se trata de un precio simulado y la operación se considera nula. En otro caso el precio podía ser *verum*, pero muy por debajo del real que el objeto vendido merecía. La venta quedaba válida, hasta que algunos rescriptos conocidos bajo el reinado de Diocleciano y Maximiliano establecieron que el vendedor podía pedir la rescisión de la venta, cuando el precio era inferior a la mitad del valor de la cosa en el momento del contrato; es lo que los comentaristas han denominado *lesión de ultramidad*. El comprador podía evitar la rescisión de la venta, si aumentaba el pago hasta un justo precio.

Cabe agregar que la *lesión de ultramidad* se aplicó en Roma

²¹ *Tratado Babá Batrá*, Perek V.

a la venta de bienes inmuebles, no existiendo rastro alguno que denuncie su vigencia para las cosas muebles.

El Talmud fue el previsor legislador de la *lesión de ultramidad* en el Derecho hebreo. En efecto, el *Tratado Babá Metziá* dispone a este respecto que si el precio de la mercadería asciende a un *solá* que vale veinticuatro *maot*, se puede reclamar si existe error de cuatro *maot*, que constituyen la *sexta parte del precio* de la mercancía. ¿Qué término se acordó para estas reclamaciones? El tiempo necesario para mostrar la mercadería a un mercader que la conozca (un experto), o a un pariente.

La *Guemará* explica el texto expresando que para los casos de error sobre el precio, si la diferencia era de un sexto, ello no permitía anular la venta, pero el afectado podía reclamar indemnizaciones compensatorias. Si la diferencia excedía ese sexto, quedaba abierto el camino, para vendedor y comprador, de declarar nula la operación. Comentaristas de la época afirmaban —y la jurisprudencia los confirma— que existía fraude *orá*, cuando la diferencia era tal que no autorizaba anular la venta, pero daba derecho a reclamar la indemnización y autorizaba a la parte lesionada a reclamar la indemnización y a pedir la nulidad de la operación.

Autoriza la *Mishná* al comprador, como al vendedor, la reclamación, si se encuentran lesionados por error en el precio. Las disposiciones acerca de las diferencias en el precio no eran exclusivas de los comerciantes profesionales, sino que eran aplicables también a aquellas personas que ocasionalmente compraban o vendían. La parte afectada podía tomar dos caminos: reclamar la nulidad de la operación o los daños causados.

Ampliando los casos de aplicación de la Ley talmúdica, se dice en la *Mishná*²², que las disposiciones concernientes al error sobre el precio en las compras no son aplicables a los esclavos, a los inmuebles, ni a las cosas sagradas. Las multas pecuniarias del doble o del cuádruple, o del quintuplo, no son aplicables a todas estas cosas. Hay casos en que un guardián sin salario debe prestar juramento de que el depósito no se ha perdido por su culpa, y donde el guardián por salario debe pagar por la pérdida del depósito determinada por un accidente raro; pero el primero no está obligado a prestar este juramento, ni el último a pagar, si se trata de una de estas cosas. Rabí Judá dice que el comprador de un *Pentateuco*, de una vaca, o de una perla, no pueden reclamar si ha pagado muy caro; pero los otros doctores rechazan esta opinión. La lógica de estas conclusiones de la *Guemará* estriba en que

²² *Tratado Babá Metziá*, fol. 56.

hay ciertas cosas cuyo precio carece de una medida de relación y están supeditados a las necesidades o las inclinaciones de la gente. Es el caso de un individuo que adquiere, en el campo de batalla un caballo o un arma y jamás podrá reclamar diferencia de precio, puesto que la adquisición estaba sometida a circunstancias excepcionales, dependiendo de la obtención de ciertos elementos (el caballo o el arma, en tiempo de guerra), la salvación de la vida del comprador.

Pero la ley establecía otra excepción: en el *Tratado Ketubót* (Perek XI) hallamos que si un tribunal ha hecho vender alguna cosa, y se halla que hay error en una sexta parte de su valor, la venta es nula. Pero los exégetas han modificado el sentido de la *Mishná*, afirmando que en el caso explicado la venta es válida, porque, ¿De qué serviría hacer vender por un tribunal? Si se ha vendido en subasta pública —arguyen con lógica muy moderna— la venta es válida aun cuando hay error de la mitad (Rabí Simón, hijo de Gamaliél). Contiene el Talmud numerosas disposiciones sobre diversas fases de la compraventa.

7. — LOCACIÓN Y VENTA. — El *Tratado Babá Metziá* (Perek V) expresa: "Cuando se arrienda alguna cosa, se puede aumentar el alquiler, si no se paga por adelantado; pero no se puede aumentar el precio de la venta si se paga por adelantado; por ejemplo: está permitido alquilar una propiedad a un individuo, diciéndole: si tu pagas por el año adelantado, tu no darás más que diez *selaim* (un *sela* tiene cuatro *denares*), si pagas todos los meses, darás por el año doce *selaim*. Pero está prohibido vender un campo a un individuo, diciéndole: si pagas por adelantado, no darás más que mil *zuzes*, pero si pagas después de la cosecha, darás mil doscientos *zuzes*."

La *Guemará* ha interpretado la diferencia que establece la *Mishná*, entre el arriendo y la venta, diciendo que cuando se arrienda una cosa por determinado término es por este término solamente que existe la obligación de abonar el precio. Por consiguiente, si el locatario paga a fin de cada mes, no se puede afirmar que el propietario es su acreedor porque espera hasta fin del mes, ya que no puede exigir el pago antes del último día del mes; si el locatario da diez *selaim* por año, es decir, un *sela* por mes, da el justo precio y no hay usura. El precio es entonces de doce *selaim*; solamente el propietario reduce el precio, si el locatario recibe el pago por adelantado. No ocurre lo mismo en la venta. El comprador debe pagar de inmediato el precio convenido; si el vendedor espera el pago, él es acreedor del comprador y si se hace por la demora doscientos *zuzes* de más, entonces hay usura.

En consecuencia, lo que se halla prohibido en la Ley talmúdica es ejercer la usura, que en cambio, según algunos doctores, se hallaba autorizada solamente en el caso de que ambos contratantes hubieran previsto que el precio no se pagaría de inmediato²³.

A propósito, encontramos en el mismo Tratado, la situación planteada: Un individuo vende su campo a otro que le da una parte del precio convenido; si el vendedor le ha dicho: Tu puedes abonar el resto cuando quieras, y entonces el campo te pertenecerá. En este caso, el vendedor incurre en un acto prohibido. Si un individuo presta dinero a otro sobre su campo, y le dice: Si tu no me pagas la deuda en tres años a partir de la fecha, el campo me pertenecerá, en ese caso el campo pertenece al acreedor, si el deudor no paga.

En el caso planteado por la *Mishná*, del vendedor, el Raschi sostiene que si el vendedor come entre tanto —durante el tiempo en que el comprador no paga el saldo— los productos del campo, objeto de la transacción, el vendedor habrá incurrido en usura si el comprador le hubiera entregado el saldo del precio, de suerte que el campo habría sido adquirido a partir de esa oportunidad. Si es el comprador quien come los productos del campo entre tanto, es él quien incurrirá en la usura en caso de no aportar el resto del precio, de manera que el campo permanecerá en poder del vendedor que le restituirá la suma recibida.

Según un comentarista de la *Guemará*, es el vendedor quien está autorizado para aprovechar los frutos del campo, en el caso en que lo hubiera vendido sin recibir la totalidad del precio; el comprador no puede aprovecharlos, puesto que cometería usura desde que sólo anticipó una parte del precio.

El mismo Tratado²⁴ plantea un caso interesante. Un individuo vende sus olivares a otro que los adquiere para cortarlos y aprovechar la madera; el comprador ha tardado en cortarlos y en el intervalo ellos producen aceite; en este caso, afirma la Ley talmúdica, el aceite pertenece al comprador. Pero si se ha convenido

23 Un burgués, acreedor de un paisano, no puede aceptar de comprarle a bajo precio a su deudor vino, aceite, queso, etcétera, ni aun en tiempo de carestía, porque el burgués tomaría de éste modo un interés prohibido por a ley. Pero si el paisano posee los productos y los vende más barato para abonar al contado su deuda, la operación con el burgués es válida (*Tratado Babá Metziá*). Como los paganos prestaban y recibían en préstamo a interés, a fin de no prohibir un préstamo entre israelita y pagano, se permitía a los primeros regar sus vinculaciones con los paganos, en materia de préstamos, según a ley pagana (*Tratado Babá Metziá*).

24 *Tratado Babá Metziá*, Perek VIII.

previamente que el corte se haría de inmediato y el comprador de-
mora esta tarea, el aceite corresponderá al vendedor.

8. — EL CONTRATO D COMPRAVENTA Y EL JUBILEO. - Si bien entre los hebreos se encuentran numerosas modalidades del contrato de compraventa que se conocen entre los demás pueblos del Oriente, con las diversidades propias de cada ambiente, y si en Roma hallamos similitudes en las formas jurídicas que nos hacen pensar en un origen común, o al menos en un parentesco indudable, existen algunas instituciones que Israel inventó y desarrolló con un sentido absoluto de originalidad. En las compraventas, especialmente de inmuebles, encontramos algunas de estas particularidades que, por desgracia, no fueron introducidas en los países que con aquel tuvieron contacto. El sentido crudamente individualista del Derecho romano, la propiedad que gozaba de los caracteres de *irrevocable* y *absoluta*; el derecho de posesión que excluía toda ingerencia pública o privada; la autoridad soberana del Propietario de hacer y deshacer y aun de destruir su propio bien, no conciben por cierto con las normas de solidaridad y de fraternidad que se encuentran en la legislación hebrea.

En efecto, conforme a las definiciones de los autores antiguos (Gayo y Ulpiano), la propiedad para los romanos gozaba de los tres beneficios que se sintetizaban en las palabras: *usus* (facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir además de sus frutos); *fructus* (derecho de recoger todos sus frutos) y *abusus* (poder de consumir la cosa, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola). Este carácter *absoluto*, éste poder casi ilimitado que no respetaba ni siquiera las causas de utilidad pública, pasó de Roma a la mayoría de los códigos que en ella se inspiraron ; sólo poco a poco, paulatinamente, el absolutismo del derecho de propietario fue cediendo a las necesidades de la comunidad, y costó una lucha de siglos para que la humanidad contemporánea admita que existen otros intereses, superiores aún a los del individuo, que imponen restricciones y cortapisas a su derecho, en prenda de la colectividad.

Digamos, en honor a la verdad histórica, que no solamente Roma fue individualista hasta el límite. El Oriente también lo era. Lo fue la India, Egipto y Babilonia. Y basta hojear el terrible *Código de Hammurabí*, para llegar a la conclusión de que aquel pueblo emprendedor y creador —cuyos contactos con Israel fueron frecuentes y fecundos— da la pauta del individualismo convertido en principio y fin de toda la actividad del hombre.

Pero en aquel cuadro del mundo antiguo, había de surgir un

factor nuevo: un espíritu y un temperamento nacional que proclamaban la consigna francamente revolucionaria *de que la tierra no es de nadie, sino de Dios*. En ningún otro Código que en la Biblia, encontramos nada más insólito y nada más original. El individualismo brutal de la época y el egoísmo llevado hasta sus últimos extremos, cedían su lugar a una *nueva doctrina*, aportada por un pequeño pueblo de pastores que, bajo la dirección de su máximo legislador, habría de dirigirse desde Canaán, a través del Egipto, hacia Eretz Israel.

El *Levítico*²⁵ dice así: "Y Jehová habló a Moisés en el Monte de Sinaí, diciendo: *Habla a los hijos de Israel y diles: Cuando hubiereis entrado en la tierra que yo os doy, la tierra hará sábado a Jehová. Seis años sembrarás tu tierra, y seis años podarás tu viña. Y cogerás sus frutos; el séptimo año la tierra tendrá sábado de holganza, sábado a Jehová; no sembrarás tu tierra, ni podarás tu viña. Después de siete veces años —continúa la ley— que componen el número de cuarenta y nueve, el décimo día del séptimo mes, tiempo en que se debe celebrar la fiesta de la expiación, se tocará una bocina en toda la tierra de Israel, en señal de que debe santificarse aquel año, que es el del Jubileo. Se restituirá la libertad a todos los que la hayan enajenado, y cada uno de vosotros volverá a entrar en sus antiguas posesiones y será restituido a su primera familia. No sembraréis ni segaréis en aquel año, sino que habéis de comer de lo primero que se os presente*²⁶. *La tierra no será vendida para siempre, porque no pertenece a ninguno sino a Mí, y vosotros no sois sino unos extranjeros a quienes yo se la doy en arrendamiento*²⁷.

"De este modo —explica un comentarista— el orden, la paz, la beneficencia y una especie de igualdad entre todos los ciudadanos caracterizaban el Año de Jubileo, que fue, sin duda, una de las instituciones más admirables de Moisés, y que debía, por su naturaleza, o más bien, por la naturaleza del corazón humano, ser poco durable"²⁸.

Conforme a las reglas del *Levítico*, las ventas practicadas entre los hebreos no asumían el carácter de irrevocabilidad con que se caracterizan en otras legislaciones. En esencia constituían simples cesiones del goce y usufructo de la cosa vendida, cuya resolución se hallaba, inexorablemente, sometida al Año del Jubileo. De ahí que para los inmuebles, se tuviera en cuenta que la proximidad del

²⁵ *Levítico*, capítulo XXV, versículo 1 y siguientes.

²⁶ *Levítico*, capítulo XXV, versículos 8 a 13.

²⁷ *Levítico*, capítulo XXV, versículo 23.

²⁸ PASTORET: Obra citada, página 164.

Jubileo influía de modo decisivo sobre el precio. En efecto, expresa el *Levítico*²⁹: *Conforme al número de los años después del Jubileo comprarás de tu prójimo; conforme al número de los años de los frutos te venderá él a ti... Conforme a la multitud de los años aumentará el precio y conforme a la disminución de los años disminuirás el precio porque según el número de los rendimientos te ha de vender él.*

Si un judío llegaba a la pobreza extrema que le obligaba a enajenar su herencia, su pariente más cercano la podía rescatar para él. Si el pariente no se interesaba, no estaba afectado: el Año del Jubileo tendría la herencia, junto con los frutos. Si se vendía una casa situada dentro de los muros de la ciudad, existía un año para el retracto; pero si no se rescataba en ese término, había que esperar el Jubileo. Si la casa se hallaba extramuros, podía ser vendida como cualquier otra posesión, y si no era remitida dentro del año, gozaba del beneficio del Jubileo.

Es obvio que, bajo un régimen similar, debían necesariamente desarrollarse los sentimientos de solidaridad social y de equidad, de que dan muestra patente las reglas contenidas en la Biblia y en el comentario de los doctores del Talmud. Y efectivamente, si hay algún pueblo en la actualidad que goza del derecho de asignarse la paternidad de los primeros síntomas de socialismo sobre el haz de la tierra, no hay dudas de que este pueblo es Israel.

¡Cuán distinta era la concepción de la propiedad entre los pueblos antiguos! Desde luego existen motivos para afirmar que en Grecia y en Roma antiguas, la venta de la propiedad raíz estaba prohibida, bajo severas penalidades. A estar al testimonio de Aristóteles, en Esparta la venta era punto menos que ilícita e imposible. Solón, muy posterior a los legisladores de los tiempos primitivos, si bien no prohibía la enajenación, castigaba al vendedor con la pérdida de la ciudadanía. Según Fustel de Coulange, en cuanto a Roma, si bien no existen reglas escritas análogas a las helénicas, resulta claro que recién en la Ley de las Doce Tablas se comenzó a tolerar la venta de la propiedad... En ambos casos las dificultades impuestas para la transferencia obedecen a un mismo hecho: la religión doméstica; la religión se oponía a que la familia se desprendiese del lugar donde habitaban los Manes y los Penates.

9. — EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ROMA Y EN ISRAEL. — En una reciente obra, intitulada *El César contra el hombre*, el doctor A. Capdevila define, admirablemente, a nuestro juicio, las carac-

²⁹ *Levítico*, capítulo XXV, versículos 15 y 16.

terísticas del derecho inmobiliario entre los romanos. "Plena *in re potestas*... Así llegó a definirse en las Institutas el derecho de propiedad sobre los bienes raíces; derechos absoluto, exclusivo y excluyente, que iba desde el uso hasta el abuso, sin otras restricciones al arbitrio privado que las de un buen reglamento vecinal —así, la constitución de servidumbres— ni otras atenuaciones de orden público que las de una muy tolerante administración fiscal...", "cualesquiera hayan sido los ideales jurídicos de la vieja época, los tiempos históricos del Derecho romano no inducen a duda ni error."

"Propiedad romana quiere decir resueltamente *el mundo para Roma*. El trabajo, que tanto dignifica al hombre cuando todos los hombres trabajan, fue siempre en Roma instrumento de humillación y de oprobio bajo el sistema inicuo de la propiedad del hombre sobre el hombre. Para que bogase en el Tíber la nave del lujo asiático fue menester que el Tíber arrastrase mucho sudor y muchas lágrimas en su cauce." Y siguiendo al mismo autor, encontramos: "Propiedad romana significa abiertamente privilegio romano, el cual se fundamenta en el derecho de ciudadanía que la casta dominante se adjudicó por sí sola. De ahí que en Roma propiedad y posesión no se confundan, ni prive ésta sobre aquélla. Fué voz genuina de despotismo la que concretó ésta fórmula: *La posesión es un hecho. Sólo la propiedad es un derecho*. Pero mostremos todo el cuadro. Tres requisitos exigía la propiedad quiritaria, a saber: propietario romano; cosa romana; modo romano. Reglas incommovibles del dominio *ex jure quiritium*. La primera condición era entre todas esencial, y consta que no se modificó el principio con las franquicias que el *jus commercii*, emergente de tratados no siempre cumplidos, otorgó a los habitantes latinos. Para tener el derecho de propiedad había que ser ciudadano de Roma."

El cuadro trazado, es inconfundible. El privilegio y la casta dominaron toda la vida civil, pública y privada de Roma. Con razón puede decir von Ihering, que llama al Derecho romano *ópimo fruto*, que la "unión política de las razas de Roma semeja una, pirámide. Su base está formada por trescientas *gentes*, reduciéndose en gradaciones sucesivas produce treinta curias, después tres tribus; en la cúspide el poder personal del rey."

"Tales leyes —dice Fustel de Coulange— no pueden sorprendernos. Fundada la propiedad en el derecho del trabajo, y el hombre podrá librarse de ella. Fundadla en la religión, y ya no podrá; un lazo más fuerte que la voluntad humana le une a la tierra. Además, éste campo donde está la tumba, donde viven los antepasados divi-

nos, donde la familia debe por siempre realizar un culto, no es la propiedad de un solo hombre, sino de una familia. No es el individuo viviente en la actualidad quien ha establecido su derecho sobre la tierra, sino el dios doméstico. El individuo sólo la tiene en depósito; pertenece a los que han muerto y a los que han de nacer. Forma un cuerpo con ésta familia, y no puede separarse de ella. Desligar una de otra es alterar un culto y ofender a una religión. Entre los indos, la propiedad, fundada también en el culto, era asimismo inalienable."

Israel es la antítesis; el derecho de la propiedad es transitorio, revocable. Nadie es dueño por la eternidad, y la tierra, base principal de toda la riqueza, es de Dios, quién la ha entregado en usufructo a los hombres.

La colonización Palestina moderna, se funda en un principio tomado de la Biblia, el que se opone categóricamente al concepto del Derecho romano sobre la propiedad. La idea romana es que la propiedad individual es absoluta y perpetua. A esto, los sionistas oponen un extraordinario principio que se lee en el *Levítico*: *La tierra no será vendida a perpetuidad porque la tierra es mía, dice el Eterno.*

"El movimiento sionista, al emprender la edificación del Hogar Nacional Judío (en Palestina), mal haría en no aprovechar las elecciones elocuentes de la historia, procurando desde un principio un fundamento sano y sólido para su obra con el establecimiento de la *propiedad nacional* del suelo come adquiere para la colonización rural y urbana de las masas israelitas. A fin de cumplir tal finalidad quedó establecido de un modo inmovible que *toda parcela de tierra adquirida por el Keren Kayémet jamás podrá ser enajenada, quedando en propiedad eterna del pueblo judío*, representado en este caso por tal institución.

"La propiedad nacional del suelo adquirido por el *Keren Kayémet* resulta para el movimiento constructivo del sionismo en Eretz Israel un poderoso instrumento para la realización del ideal genuinamente judío de justicia social. Tiende a formar sobre el suelo de la antigua patria reconstruida una clase numerosa de campesinos, que jamás podrán ser despojados de la parcela de tierra fecundada por su trabajo, conservando con ello su independencia económica, fuente de innumerables beneficios, que concurre también a evitar el latifundio, la especulación con la tierra y el aprovechamiento exclusivo por parte del ocupante de la valoración de la misma, consecuencia del progreso general del país.

"Todos estos beneficios fluyen directamente de las condicio-

nes en que el *Keren Kayémet* cede sus tierras a aquellos que han de establecerse en ellas y labrarlas" ³⁰.

10. — EL AÑO SABÁTICO. — Otra institución original de los hebreos y similar, en cierto sentido, a la del Jubileo, es la del *Año Sabático*, que se cumplía de siete en siete años.

Durante el *Año Sabático* (o pequeño Jubileo), no se podía hacer comercio de los frutos, o al menos el vendedor debía invertir el producido en su propia subsistencia y las ventas solamente eran toleradas en Palestina. El *Levítico* ³¹ prescribe la absoluta prohibición de sembrar la tierra y podar las viñas, de modo que el propietario del suelo, su familia, sus bestias y los allegados debían alimentarse de lo que la tierra producía por sí misma y sin ningún cultivo. Si se plantase alguna cosa por error, durante el Año Sabático, la Ley rabínica imponía que se arrancase, sin aprovecharlo y aun en el caso de que la tierra produjere por sí misma, los rabinos llegaron a prohibir el consumo de los frutos por la razón de que era dar motivo para plantar y sembrar ocultamente, so pretexto de que se trataba de *lo que de suyo se naciese*, al decir de la Escritura.

La rigidez de la ley sufrió muchas atenuaciones y con el correr de los tiempos se autorizó el cultivo en el Año Sabático cuando los hebreos debían responder a alguna obligación impuesta por un conquistador.

Durante este lapso anual, se remitían las deudas que los israelitas tenían entre sí ³². Pastoret se pregunta si ésta remisión era perpetua y definitiva, respondiendo que a su juicio, no lo era. "Digan lo que quieran —afirma— muchos intérpretes, a mi se me presenta como una cosa muy difícil el de que la deuda quedase absolutamente extinguida; y creo que si esto hubiese sucedido así,

³⁰ W. NIJENSOHN: *Keren Kayémet Leisrael*, páginas 46 y 47.

El *Keren Kayémet Leisrael* (Fondo Agrario Israelita) fue constituido en 1907 e inscriptos sus estatutos en Londres, como sociedad anónima sin acciones, siendo uno de sus objetivos —sin duda, *el esencial*— la redención por compra de la tierra de Palestina de manos de sus poseedores árabes. Esta institución financiera básica del movimiento sionista se ha popularizado extraordinariamente entre las masas judías del mundo entero y en la actualidad tiene como haber a mayoría de las tierras del país en condiciones de cultivo, y otras que merced a grandes esfuerzos y heroicos sacrificios ha colocado en un nivel de productividad. El *Keren Kayémet* realiza además una amplia acción de reforestación y de experimentación de nuevos cultivos que han ganado para la economía palestinese grandes e infecundos desiertos y zonas anegadas.

³¹ *Levítico*, capítulo XXV, versículos 4 y 5.

³² *Deuteronomio*, capítulo XV, versículos 1 y 2.

apenas se hubiere encontrado quien hubiese querido ser acreedor, a pesar de lo mucho que se había recomendado el punto de favorecer a los pobres. El consejo de que ninguno se detuviese por la proximidad del año séptimo, recae sobre que los deudores estaban dispensados de pagar hasta el octavo año lo que tomaban entonces prestado, y esto sin duda era muy conforme a la equidad y justicia, puesto que se les prohibía en aquel año el sembrar y cultivar la tierra, y que se hallaban privados de los recursos de su trabajo y del producto de sus posesiones; pero extinguirse la deuda enteramente es tanto menos creíble cuanto que la ley que permitió a los judíos el derecho de retracto sobre los bienes inmuebles cuando se vendían en perjuicio y en fraude de su acreedor, le prohibió en el oro, en la plata y en los demás muebles sobre que ordinariamente podía recaer el empréstito³³. De este modo, el hombre de mala fe hubiera podido enajenar la cosa que se le había prestado, sin que el prestamista, por una parte hubiese podido reclamar la enajenación, y sintiendo, por otra parte, el perjuicio de no tener acción para que, a lo menos, se le restituyese su valor."

Pero cualquiera haya sido el alcance, con respecto a los deudores, del Año Sabático, ya se liberasen de una manera definitiva de sus obligaciones; ya se operase una prórroga hasta el octavo año, es evidente que nos hallamos en presencia de una regla sin precedentes, beneficiosa para el pobre que debía acudir al préstamo y que al no devolver lo prestado dentro del término se vería reducido a la esclavitud, suya y la de sus hijos.

11. — VICIOS Y NULIDADES EN LA VENTA. — Los doctores talmúdicos fueron sumamente cuidadosos en salvaguardar la buena fe en los negocios y combatir los fraudes. En materia de compraventa existen interesantes disposiciones al respecto. En el *Tratado Babá Metziá* hallamos preceptos como estos: Así como está prohibido engañar a nadie en las compras, así también está prohibido engañar a nadie de palabra o desengañarlo; por ejemplo, está prohibido pedir a alguien el precio de un objeto (para hacerle creer que se va a comprar), cuando no se quiere comprarlo. Un comentarista afirma que engañar o desengañar a alguno, con palabras es peor que el fraude en dinero; porque la prohibición está acompañada, en la Escritura, de las palabras *Tú crearás en tu Dios*. Otro agrega que el daño que se infiere en dinero puede repararse; pero no el que se hace con las palabras engañosas...

En el mismo cauce, de evitar el fraude y la mala fe en las

33 MAIMÓNIDES, sobre el capítulo II de la *Mishná de Angulo*.

transacciones, el *Tratado Babá Metziá* establece: Cuando se vende a alguien los productos de un campo, no debe mezclarse con los de otro campo, aunque los unos y los otros sean nuevos. Con mayor razón si se venden productos viejos, no deben mezclarse con nuevos. Cuando se vende vino de cierto tipo se puede mezclar con vino de otro tipo si el producto mezclado se conserva mejor. Si un individuo ha mezclado su vino con agua, no debe venderlo en la tienda (a los particulares) sin advertirles que el vino es mezclado; pero no debe venderlo de ningún modo a los mercaderes, aun advirtiéndoles de la mezcla, porque estos engañarán a los compradores, dándoselo por vino puro. En los lugares donde se usa ponerle agua al vino, puede hacerse, porque nadie será engañado. El traficante puede vender los productos de diversos campos mezclados entre sí, y el vino de diversos lugares, porque todo el mundo prevé de que él no vende sino productos de diversos campos, puesto que se sabe que sus mercancías son todas adquiridas entre diferentes cultivadores. Pero él no debe engañar a los compradores, haciéndoles creer que sus mercancías vienen de tal campo, cuando mezcla los productos de éste con los de otro.

Una *Mishná* contenida en el mismo Tratado (fol. 92) expresa: "Un individuo vende semillas a otro, el comprador las ha sembrado, pero no han brotado (si se ha encontrado, dicen los Tosafistas, que las semillas no eran buenas para el campo, pero eran buenas para comer); en este caso el vendedor no es responsable (porque puede decir: Yo te las he vendido, pero no para semilla, sino como frutos alimenticios); aun cuando haya vendido semillas de lino que se emplean de ordinario para la simiente, pero que se emplean también como alimento. Rabí Simón, hijo de Gamaliel, dice: Si se ha vendido las semillas que no se pueden comer, es responsable, debe devolver el dinero al comprador, si esas semillas no son buenas para simiente."

Según la *Guemará*, si se encuentra que el buey que un individuo ha vendido era una *mitad*, de manera que el comprador no puede conservarlo para los trabajos del campo, y está obligado a darle muerte para aprovechar su carne, según algunos doctores, la venta es nula. Otros sostienen que es irrevocable, porque el vendedor puede decir al comprador: Yo te lo he vendido por la carne.

Otra *Mishná* del mismo Tratado (fol. 97) establece que si un individuo vende a otro una determinada cantidad de vino, que se vuelve vinagre, el vendedor no es responsable, pero si ha sabido (el vendedor) que su vino siempre se vuelve agrio, el comprador puede anular la venta³⁴.

34 Si el tribunal ha hecho vender alguna cosa, y se encuentra que

La previsión rabínica llegaba a extremos increíbles. En el Talmud encontramos preceptos como éstos: “Es prohibido hermohear a las bestias, a los vestidos viejos y todos los objetos destinados a la venta, con la intención de disimular sus vicios o su vejez. La venta de una bestia es nula, cuando el animal se encuentra enfermo; el vendedor está obligado a restituir al comprador, la suma que éste haya pagado.”

En otro pasaje hallamos la prohibición de vender como cuero de animal debilitado (por su ancianidad), el de un animal muerto por enfermedad, cuya calidad es inferior.

Para destruir los efectos de un acta de venta o de donación, lograda mediante intimidación, la Ley rabínica autoriza a confeccionar una nueva acta en presencia de un solo testigo que sirve inmediatamente para dejar sin efecto la anterior.

La regla general acerca de la nulidad de las operaciones de compraventa era que el error y el engaño invalidan la venta; cuando el comprador ha pagado el precio, aun puede arrepentirse. El vendedor que se ha equivocado en el precio, puede siempre reclamar la nulidad del acto.

Cabe decir que estas normas regían especialmente en el comercio al detalle, si bien en numerosas ocasiones se aplicaban a toda clase de comercio y aun a las relaciones de la vida civil.

Como se puede advertir a través de los ejemplos traídos a colación, los casos de nulidades en la venta, cuando el objeto de la misma era una condición del contrato, y a la inversa, la irrevocabilidad del acto cuando no se había establecido un destino específico para la cosa adquirida, son similares a las ventas que hallamos en el Derecho romano y en las legislaciones que se inspiraron en esa fuente, y aun en los códigos modernos. Evidentemente la previsión del legislador rabínico tiene un alcance que resulta insólito para la época, pero que no ha variado, pese a los siglos que han transcurrido, en lo esencial.

Esto no significa, ni con mucho, que los hebreos hayan sido los inventores exclusivos, en ésta como en otras materias del Derecho. Antes que Israel, la India conoció la compraventa y sus diversas modalidades. “Menos sutil que el Derecho romano, el Derecho hindú es terminante respecto de la compraventa. No hace distinción entre contratos y obligaciones. No advertimos ningún

hay error en una sexta parte de su valor, la venta es nula. Rabí Simón, hijo de Gamaliel, dijo que la venta es válida, porque de otro modo ¿De qué serviría hacer vender por el tribunal? Si se ha vendido en subasta pública, la venta es válida, aun cuando hay error de la mitad (Tratado *Ketubót*, Perek XI).

sofisma legal. Para que haya venta es necesario que intervenga el dueño de la cosa, por sí o por persona autorizada. La cosa ajena no puede ser vendida. El que vende una cosa de otro, con dolo y mala fe, es reputado ladrón. Tanto extrema la regla Manú que el vendedor de una cosa le exige que presente al comprador su título de propiedad; lo que tiende a evitar que el simple usufructuario enajene, un fundo, por ejemplo, en virtud de un puro usufructo"³⁵.

Conforme lo hemos señalado, el Egipto conoció todas, o la mayoría de las obligaciones y contratos que aun hoy subsisten. En los tiempos evolucionados del Egipto, las ventas de los bienes debían hacerse necesariamente por escrito; el instrumento respectivo, debía ser extendido por ante un notario y en presencia de nada menos que ocho testigos. Luego se anotaba la transacción en un registro público denominado *graphion*. Los egipcios no conocían la *traditio*, hebrea o romana. Babilonia no desconoció tampoco los contratos más comunes. El *Código de Hammurabí* tan pronto se refiere al *ojo por ojo*, como a los contratos de locación, de mutuo, de compraventa. Se usó la escritura para eternizar los actos jurídicos. La compraventa se realizaba por medio de un acta en la que se consignaba el objeto y el precio, cuya entrega debía hacerse en el momento.

Roma perfeccionó la ciencia jurídica y echó las bases para el Derecho moderno y contemporáneo. La compraventa asumió la jerarquía de la más importante institución, con todas las condiciones y modalidades que hallamos en Israel, y otras creadas exclusivamente por el genio romano.

Pero es indudable que las reglas morales, prohibitivas de todo engaño o dolo, y las nulidades fulminadas por la ley contra quien obrare en fraude contra el prójimo, ya sea coterráneo como extranjero, judío o pagano, contenidas en la Ley hebrea, no tienen precedentes en el mundo antiguo.

12. — OTROS MODOS DE ADQUISICIÓN. — Sería un craso error suponer que entre los hebreos no se conocieron otros medios de adquisición de los bienes que por medio de la compraventa, la donación, el cambio, etcétera. En algunos aspectos la Ley hebrea tiene similitud extraordinaria con la romana, en cuanto a la adquisición de los bienes, muebles o inmuebles.

Como se sabe, la Ley romana reconocía dos categorías distintas para la adquisición de los bienes: 1° *Adquisición del Derecho natural*; 2° *Adquisición del Derecho civil*.

³⁵ A. CAPDEVILA: Obra citada, página 76.

Entre los primeros se encontraba la *ocupación* que según los jurisconsultos consistía en el derecho de apropiarse de una cosa que no pertenece a nadie; por lo que se le denominó modo *originario* de adquirir. Y en la época clásica podía adquirirse por este medio: los animales salvajes, la caza y la pesca, y así, el primero que llegaba podía apropiarse de dichos bienes y hacerse propietario, al decir de Gayo. Igualmente asumían la calidad de *res nullius* (cosas sin dueño), susceptibles de ocupación, los bienes de los enemigos y de los pueblos con los que Roma no había formalizado pacto de amistad o de alianza (Gayo, Pomponio). Asimismo tenían la calidad de *res nullius* las piedras preciosas, las perlas, el coral, etcétera, y aun las islas que se forman en el fondo del mar, y que todavía no pertenecen a nadie, y los tesoros: dinero u objetos preciosos escondidos desde antigua data, cuyo dueño nadie conoce³⁶.

El Derecho romano conocía también otros modos de adquisición de los bienes, según el Derecho natural. Entre estos modos, el más difundido, fue el de la *tradición*, fundado en el principio de que no basta para transmitir la propiedad de una cosa la voluntad de una sola de las partes contratantes, sino que se requiere, además, la tradición de la cosa, o sea la transmisión de la posesión. Mientras que en la ocupación sólo interviene una persona, en la *tradición* se advierte la presencia de dos: el *tradens*, que se desprende de la posesión, y el *accipiens*, que la acepta, y por ese modo se hace verdadero propietario.

Se admitía también la adquisición por la *accesión*: cuando alguna cosa accesoria está unida o incorporada a una cosa principal, y por consiguiente el propietario de la cosa principal, es propietario del conjunto; por la *especificación*: cuando un obrero o un artista hace un objeto nuevo (*species novæ*) con una materia que transforma, como, por ejemplo, una estatua con un bloque de mármol, una alhaja con un lingote de metal precioso, el vino con las uvas. Si la materia le pertenece, el nuevo objeto también será suyo;

³⁶ Refiriéndose a la adquisición de los bienes en el Islam, dice LE Bon: "El Corán entra en pocos detalles acerca del derecho de propiedad; pero los comentadores han dispuesto perfectamente todo lo a ello concerniente. Los árabes han respetado siempre mucho este derecho, hasta tratándose de los pueblos a quines vencían; de modo que la tierra que les quitaban con la conquista, se la devolvían mediante un tributo, que raras veces excedía del quinto de la cosecha.

"La *ocupación individual fundada en el trabajo*, constituía para los árabes un derecho a la propiedad; pues, según ellos, descuajar y desmontar un campo equivale a vivificar a tierra muerta, crear un valor, y por consiguiente, adquirir un derecho a la propiedad." — LE BON: Obra citada, página 200.

si la materia es del propietario, el objeto lo será igualmente. Si la materia es de un tercero, sin su consentimiento, cabría distinguir si el objeto podía volver a tomar su forma antigua, no había cambio de propietario; si el objeto no podía volver a su primer estado, se consideraba una cosa nueva y careciendo de dueño, pertenecía al primer ocupante.

En cuanto a los modos de adquirir según el Derecho civil, los romanos conocieron la *mancipatio* que consistía en una venta ficticia; la *in jure cessio*, que a diferencia de la anterior, requería la presencia de un magistrado y tenía por objeto transmitir inmediatamente al adquirente la propiedad de la cosa; la *usucapion*, que consistía en la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones: el justo título y la buena fe, y, por último, la *prescripción (Proscriptio longi temporis)*, por la que el que poseía desde largo tiempo una cosa adquirida de buena fe y con justo título podía mantenerse en la posesión de ella y defenderse contra la acción reivindicatoria. Era un medio de defensa de la posesión, más que un modo de adquisición, y bajo Justiniano adquirió la categoría de una verdadera *usucapion*, fusionándose con ésta³⁷.

El Derecho hebreo contiene muchas de las instituciones, en cuanto al modo de adquirir los bienes, que encontramos en la legislación romana. El mar y los ríos eran comunes entre ellos, y la pesca o la caza se permitían a toda persona, con exclusión de las tierras de pertenencia de los particulares, cuyo consentimiento debía recabarse. Conforme a una *Mishná*, existió el derecho de ocupación, y así toda heredad que carecía de dueño, era susceptible de apropiación por el primero que pusiese su pie en ella. Igual suerte corrían los objetos perdidos, cuyo dueño fuese desconocido.

En cuanto a estos últimos, el Talmud contiene una prolija y muy vasta legislación, que demuestra hasta dónde se preocupó el legislador hebreo para hacer respetar el derecho del propietario de un objeto extraviado.

37 La mayor parte de los comentaristas del Corán desconocen el derecho de a prescripción; por éste motivo, a reivindicación no tiene límites. Pero el rito *malekito* admite a prescripción por diez años entre ausentes, y por cuarenta, entre presentes.

CAPÍTULO XIX

LEGISLACION SOBRE OBJETOS PERDIDOS

SUMARIO: 1. *Trascendencia de esta legislación.* — 2. *Los objetos perdidos y el Talmud.* — 3. *Publicaciones necesarias.* — 4. *Legislación sobre los objetos encontrados.*

1. —TRASCENDENCIA DE ESTA LEGISLACIÓN. — Resulta verdaderamente asombroso que la legislación talmúdica asigne un lugar tan destacado a una materia, como la que vamos a tratar, que en la apariencia carece de mayor valor social. La mayoría de los códigos modernos asigna una pequeña extensión al tópico de los objetos perdidos, restándole mayor trascendencia dentro de su estructura general. Pero si consideramos que tanto la Ley bíblica como la talmúdica se afanan en evitar todo daño al prójimo, pero más aún están apoyadas en los mandamientos de hacer la caridad y en el deber de proporcionar al prójimo todo el recurso y el medio que llegase a necesitar, el asombro se trueca en convencimiento y en admiración. Mientras las leyes y códigos de todos los países antiguos o modernos tienden a *prevenir* o *reparar* el mal, la legislación hebrea consigna normales legales encaminadas a *hacer el bien*. De ahí se explica que en materia de objetos sin dueño y objetos perdidos, la legislación de Israel sea amplia, generosa y profusa. Pero, repetimos, que no se trata aquí de un concepto restringido de las cosas: en medio de preceptos aparentemente ingenuos, la Ley israelita se supera en el deseo de hacer una verdad de la solidaridad entre los integrantes del complejo social y para con los pueblos e individuos extranjeros.

No olvidemos que según el mandamiento de Moisés, debía hacerse el bien a los enemigos y ofrecerles todos los recursos de que tuvieran necesidad.

El *Éxodo*¹ dice: *Si encontrases el buey de tu enemigo o su*

¹ *Éxodo*, capítulo XXIII, versículo 4.

asno extraviado, vuelve a llevárselo. Y el versículo que sigue, agrega: Si vieres el asno del que te aborrece caído debajo de su carga, ¿le dejarás entonces desamparado? Sin falta ayudarás con él a levantarlo. El Deuteronomio refuerza las normas transcritas: No verás el buey de tu hermano, o su cordero, perdidos: y te retirarás de ellos: precisamente los volverás a tu hermano. Y si tu hermano no fuere tu vecino, o no le conocieres, los recogerás en tu casa y estarán contigo hasta que tu hermano los busque y se los devolverás. Y así harás de su asno, así harás también de su vestido y lo mismo harás con toda cosa perdida de tu hermano que se le perdiere, y tú la hallares: no podrás retraerte de ello ².

¿Qué otra ley o código ofrece más hermoso ejemplo de solidaridad fraterna, al par que espíritu de misericordia y amor hacia la bestia extraviada o el objeto perdido? "Los paganos del Asia no conocían —afirma Israel-Michel Rabinowicz— estas leyes; no solamente las de la época bíblica, pero tampoco admitían las de la época talmúdica. He aquí las pruebas: "1° Se lee en una *beraitá*: Al comienzo (antes de la pérdida de la independencia nacional), el que había hallado un objeto, lo publicaba en Jerusalén durante tres fiestas sucesivas (durante las fiestas se venía en peregrinación de todo el país), para que el que lo había perdido pudiese venir a reclamarlo. Después de la destrucción del templo, se satisfacía con hacerlo publicar en las sinagogas y en las escuelas públicas. Más tarde, no se pudieron hacer estas publicaciones, porque se temían las pretensiones de los paganos, que querían apropiarse de las cosas encontradas para dárselas al rey. Es evidente que, para que el rey pudiera reclamar las cosas encontradas, era necesario que la Ley pagana declarase al que las había perdido, como desistido de todo derecho sobre ellas.

"2° Un pagano que había visto a un judío hallar una bolsa, le dijo que podía hacer con ella lo que quisiera, porque, agregó, *nosotros no somos persas que se apropian de las cosas halladas para dárselas al rey*. Este pagano no había pensado en el propietario de la bolsa que la había perdido" ³.

Existen otras pruebas de que los países paganos no imponían la obligación de devolver los objetos perdidos, ni menos la de buscar a su propietario, por ningún método de publicidad, cuando se desconocía a quien podían pertenecer.

2. — LOS OBJETOS PERDIDOS Y EL TALMUD. — Pero si la Biblia es imperativa en la materia, el Talmud complementa de manera

² *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 1 a 4.

³ I.-M. RABINOWICZ: *Leg. Civ. du Talmud, Introd. Traité Babá Metziá*.

minuciosa todo cuanto compete a los bienes perdidos. En numerosos preceptos encontramos una vasta legislación digna de todo encomio.

Veamos: el *Tratado Babá Metziá* (fol.2) expresa que si dos individuos tienen un vestido, el uno dice al otro: “Yo lo he encontrado”; el otro dice: “Es mío, porque lo he comprado”, y el otro dice: “Es a mi a quien pertenece”. En este caso ellos se distribuirán el vestido, prestando cada uno juramento de que el vestido le pertenece por entero y el otro reclama la mitad, el primero tomará $\frac{3}{4}$ partes, prestando juramento de que su parte en el vestido es menor de $\frac{1}{4}$, y el otro tomará $\frac{1}{4}$, prestando juramento de que su parte no es menor a $\frac{1}{4}$. Dos individuos suben sobre un animal – prosigue la *Mishná* – o bien uno sube sobre el animal y otro lo guía; el uno dice que el animal le pertenece, y el otro dice que es a él a quien pertenece el animal. En este caso ellos se parten el animal, prestando cada uno el juramento de que su parte en el animal no es menor que la mitad. Si ambos individuos confiesan que han hallado los dos objetos en litigio (el vestido y el animal) o bien, si testigos lo afirman, los individuos se partirán el objeto entre ellos, sin necesidad de juramento.

La *Guemará* aclara el sentido de la regla precedente: si se trata de un vestido, como la partición le despoja de todo valor, se procede a venderlo y los litigantes se distribuirán el producto de la operación. En el caso del animal, si no se trataba de un animal comestible, debía acudirse al mismo procedimiento.

Otra *Mishná* del mismo Tratado dispone: “Un individuo monta sobre un animal y ve un objeto que no tiene dueño, entonces dice al otro, dámelo, el otro lo toma y dice que es él quien lo adquirió. En este caso el peatón quien lo ha adquirido. Pero tan pronto como el peatón ha entregado el objeto al que encuentra sobre el animal y si no es sino más tarde que él dice que ha recogido el objeto para sí, su palabra carece de valor. Esto es, el objeto pertenece a quien lo tiene en su poder.

“Si un individuo ve un objeto que no pertenece a nadie y se arroja sobre él para que ésta acción se considere como un acto de toma de posesión, pero otro viene y lo coge, en este caso, el objeto pertenece a quien lo ha cogido”⁴.

He aquí la base de la ocupación por medio del acto de aprehensión, reconocido por la Ley hebrea y la romana.

Dice la misma ley: “Un objeto inanimado que carece de amo,

o un ciervo herido o pajarito que no puede volar todavía se encuentra en el campo de un individuo; éste, viendo a otras personas que corren para apropiarse de estos objetos, les previene diciendo que es su campo es quien los ha adquirido. En este caso unviervo que puede correr o de pajaros que pueden volar, el campo no puede adquirirlos y pertenecen a quienes los hayan atrapado.”

La explicación de éste pasaje radica en el principio de la accesión, de lo secundari, el objeto, a lo principal: el campo, si se trata de objetos móviles, el propietario del campo solamente podría alegar propiedad sobre ellos, si los ha podido atrapar y encerrar.

Respondiendo a la regla casi invariable impuesta por la potestad paterna y la marital, expresa la *Mishná*, que lo que un esclavo canaanita, hombre o mujer encuentra, pertenece al amo; lo que una mujer casada encuentra, pertenece al marido. Pero si se trata de un mayor de edad, varón o mujer, el objeto le corresponde; lo que el doméstico hebreo, varón o mujer, encuentra, corresponde al doméstico; lo que una mujer divorciada encuentra, aun antes de haber recibido la ketubá, le pertenece.

Ahora bien, siempre de acuerdo al *Tratado Babá Metziá* (Perek I), si un individuo ha encontrado un acta comprobando que tal debe una suma de dinero a tal otro, si el deudor empañaba en dicha acta sus inmuebles, el individuo que la ha encontrado no debe restituirla, porque el acreedor podría dirigirse al tribunal para hacerse pagar la deuda; si no hay prenda de inmuebles en el acta, puede devolverla, porque el acreedor no podrá obtener que el tribunal le haga pagar la deuda; esta es la opinión de rabí Meyer; los otros doctores dicen que en el dos casos, no se debe restituir el acta, porque el acreedor podría hacerse pagar la deuda.

La *Geuemará* hace una interpretación del texto, afirmando que si se trata de un caso en que el deudor ha reconocido que no ha pagado la deuda, sino tiene garantía de inmueble, el acreedor no podrá obtener más de lo que el deudor posee, y no lo ha vendido, no puede entonces, devolver el acta. Pero si en el acta figura la garantía de los inmuebles que el deudor haya vendido con fecha posterior a la de la deuda inscripta en el acta. O si hay temor de que el acta haya sido antedatada; es por esta razón que no se puede devolverla al acreedor.

He aquí un caso de alto interés social, vinculado con la materia que estudiamos: si un individuo ha encontrado cartas de di-

vorcio, cartas de liberación de esclavos, testamentos, donaciones entre vivos o cartas de pago, no debe devolverlos al que quiera prevalerse de ellos, porque es posible que estas actas estaban preparadas para ser remitidas, pero se ha cambiado de opinión antes de hacerlo.

La Mishná⁵ enuncia diversos casos en que la devolución de objetos hallados es imperativa. Así vemos que si se encuentran cartas de estimación (actas que comprobaban que el tribunal ha adjudicado una parte de las tierras del deudor al acreedor después de la estimación de su valor), o cartas de manutención (actas en las que el individuo se obliga a mantener a la hija de su mujer), o actas de *descalzamiento* (comprobando que una viuda ha practicado la ceremonia impuesta por el Deuteronomio, capítulo xxv, versículo 9, ante el *leviro* que se niega a desposarla), o actas de repulsa (una huérfana menos, que ha sido casada con el consentimiento de su madre o por sus hermanos, puede anular el casamiento por una simple repulsa, sin necesidad de un acta de divorcio. Pero es necesario que ella pronuncie esta repulsa delante del tribunal, que le da un acta comprobando esta repulsa, y ella presentará esta acta si desea volver a casarse).

Asimismo, la *Mishná* imponía la obligación de devolver, si se encuentran las actas de *berourin* (eran actas trazadas en el tribunal, en las que se registraban los argumentos de los litigantes y sus conclusiones, para evitar que posteriormente pudieran retractarse), o un acta cualquiera hecha por un tribunal. Si un individuo ha encontrado un acta en una caja, o si ha encontrado un rollo o un manojo de algunas actas, debe devolverlas (se llamaba *manejo de actas*, cuando había al menos tres atadas juntas), porque en este caso –apunta Raschi– es fácil conocer al que las ha perdido, porque éste podrá iniciar un simán, índice, como era la caja, o cómo las actas están unidas, para probar que las ha perdido.

Un talmudista, rabí Simón, hijo de Gamaliel, dice: "Si las tres actas son de un solo deudor que ha prestado dinero de tres acreedores, se debe devolverlas al deudor, porque es evidentemente éste que las ha perdido después de haber pagado las deudas y recuperado las actas. Si esas tres actas son de un solo acreedor que ha prestado dinero a tres deudores, es a éste a quien hay que devolverlas, porque es quien las ha perdido. Si un individuo encuentra entre sus papeles un acta, y no recuerda si es el acreedor o el deudor quien se lo haya entregado, la guardará para siempre. Si un individuo encuentra entre sus papeles el recibo de su deudor, el debe conformarse con lo que está escrito en el recibo."

⁵ Tratado *Babá Metzjá*, Perek I.

3. —PUBLICACIONES NECESARIAS. — La Ley hebrea ha establecido un procedimiento eficaz para que los objetos perdidos pudieran llegar a poder de quien los había extraviado. Para ello, la persona que había encontrado un objeto sin dueño, debe hacer público su hallazgo. El que pueda proporcionar un signo (*simán*) del objeto, para acreditar que es él quien lo ha perdido, debe hacer conocer el signo que caracteriza a la cosa perdida, y entonces la recupera sin más trámite. Si nadie ha reclamado la cosa como suya o nadie ha sabido explicar el *simán*, aquel que la ha encontrado está autorizado para guardársela.

Por consiguiente, si se ha encontrado una cosa que, por su naturaleza, no puede presentar ningún índice particular, como una pieza de moneda, se consideró inútil publicar el hallazgo y el que ha hallado, podía guardársela.

La *Mishná* es muy explícita en la enumeración de las cosas sin dueño que pueden guardarse, y aquellas que se deben publicar para que su dueño pueda recuperarlas.

El tratado *Babá Metzjá* (Perek X), efectúa la enumeración a que nos hemos referido, y dice: "He aquí las *metziót* (cosas encontradas) que se pueden guardar: Se puede guardar las *metziót* siguientes: productos del campo (trigo, frutos, etcetera, dispersados); piezas de monedas dispersadas, haces de trigo en una plaza pública, racimos de higos secos, panes de panadería, pescados atados, trozos de carne, lana esquilada que proviene de los propietarios de los carneros (en oposición a la que proviene de los obreros, que pueden reconocerla y presentar un *simán*); lenguas de púrpura (cortadas y alargadas como una lengua); objetos que no presenten *simán* en unas ruinas o en un viejo muro; objetos que se encuentran en un muro nuevo (que no es una ruina (que no es una ruina), del lado de la calle; objetos que se encuentran en una casa que sirve de albergue a mucha gente, objetos (que no presentan *simán*) en un comercio o en un lugar público, no pudiendo saber quién los ha perdido."

Estos objetos son los únicos que, a juicio de rabí Meyer, pueden ser guardados por quien los ha encontrado. Rabí Judá opina que todas las cosas encontradas y que presentan un rasgo extraordinario, deben ser publicadas.

Cabe destacar que, conforme a las tendencias de los doctores del Talmud, aquel que encuentra un objeto perdido está obligado a emplear todos los medios posibles, sin reparar a su dueño. Sólo se le dispensa de tales obligaciones si se sabe que el propietario ha renunciado voluntariamente a su posesión, y ha abandonado la cosa.

con el objeto de que cualquiera puede apropiarse de ella. Esta renuncia a la posesión de la cosa fue denominada *Yush*; si el propietario de la cosa se ha apercibido de su pérdida, y renuncia a buscarla, el que la ha hallado puede hacerse dueño de la misma, sin necesidad de la publicaciones.

El mismo Tratado, en otra *Mishná*, establece cuales son las *metziót*, cosa encontradas que si deben ser publicadas. Ellas son: un vaso vacío o conteniendo frutas o los productos del campo (porque un vaso presenta siempre un *simán*); una bolsa vacía o conteniendo encerrada piezas de monedas (porque una bolsa presenta siempre algún *simán*); tres piezas de monedas, colocadas una encima de la otra, gavillas en un lugar privado, panes cocidos cerca de un particular, lana esquilada, proveniente de un obrero, cántaros de vino o aceite, un vestido, porque siempre presentan algún *simán*⁶.

La *Mishná* plantea la pregunta de la duración de las *publicaciones* que debían efectuarse. Según la opinión de rabí Meyer, las publicaciones deben continuar hasta que los vecinos se hayan enterado, rabí Judá dice que las publicaciones deben prolongarse durante tres fiestas y siete días más, después de la tercera, para que el peregrino que viene a Jerusalén para la fiesta y que escucha la publicación, tenga tres días para retornar a hacia su lugar donde verá si ha perdido alguna cosa, y tres días después para regresar a Jerusalén; y todavía un día para publicar a su turno que ha perdido tal objeto, dando un *simán*.

El concepto de *vecinos*, a que se refiere rabí Meyer, son los que permanecen en la vecindad del lugar donde el objeto se ha encontrado.

4. — LEGISLACIONES SOBRE LOS OBJETOS ENCONTRADOS. — El Talmud contiene numerosas situaciones relacionadas con objetos o bienes encontrados. Traeremos aquí solamente aquellos que por su valor intrínseco (el de los objetos) asumen un interés económico.

El que encuentra un animal —se lee en el Perek II del *Tratado Babá Metziá*— debe guardarlo hasta el día fijado por la ley, en el que debe devolverlo al propietario. Si es un animal que exige gastos de manutención, pero que puede ganar lo que consume, se le hará trabajar y se le proporcionará manutención. Si es un objeto o un animal que no porta gastos de manutención, será vendido para entregar el importe al propietario, cuando venga a reclamarlo. Si se ha encontrado un vestido, se lo debe cepillar una vez

⁶ Deuteronomio, capítulo xxvii, versículo 3.

en treinta días; se entiende para que le dé el aire, pero npara la convivencia de quien lo tiene, o para hacer ostentación. Si se ha encontrado vasos de plata o de cuero, debe hacerse el uso que sea útil para el objeto (el vaso se conserva menos –dice Raschi- si permanece largo tiempo escondido en la tierra), pero se debe abusar al punto de disminuir el valor por el manoseo.

En otros pasajes se lee: “Si se encuentra un asno o una vaca que pstan en el camino, no se los debe considerar como objetos perdidos ni es necesario preocuparse de devolverlos a su dueño, (se debe suponer que éste los ha dejado donde se encuentran). Si se encuentra un asno con sus arneses invertidos, o una vaca que corre en las viñas, es necesario considerarlos objetos perdidos que deven ser devueltos a sus propietarios. Si se aprisiona la vaca y ella se escapa, es necesario aprisionarla otra vez; si se escapa de nuevo, se la aprisionará por tercera vez, y así hasta cuatro o cinco veces. Si un individuo que se ocupa de recoger un objeto perdido por otro, es distraído por este motivo de sus ocupaciones, lo que le hace perder un *sela*, que habría ganado, sino se hubiera distraído, no puede exigir la propiedad del objeto perdido, que le entregue el *sela*; pero ñeste le pagará por su ocupación, como se paga a un obrero. Si el individuo no se satisface con este salario y prefiere ganar un *sela* íntegro continuando sus propios trabajos, tiene el derecho de fijar sus condiciones; es decir, puede decir en presencia de los jueces: “Yo no quiero emprender el salvataje de este objeto mas que acondición de que su propietario me reembolsará el *sela* que yo puedo ganar con mi trabajo.” Pero si no hay jueces en ese lugar, tiene derecho de preferir sus propios trabajos, y no está obligado de perder su dinero abandonando su trabajo para ocuparse del objeto de otro individuo.”

Otra *Mishná* establece: “Si un individuo encuentra una vada fuera de su establo, está olbligado a devolverla a su propietario. Si un individuo ve a un hombre o a un animal caído, sobre su carga, esta obligado de ayudarlo en la descarga o en la carga. Si ya ha ayudado a ese hombre o al animal a descargar o a cargar repetidas veces, está siempre obligado a hacerlo cuatro o cinco veces más, si fuere necesario. Si éste hombre dice al individuo: Puesto que la ley te obliga a ocuparse de la descarga, hazlo, si quieres solo, yo quiero descansar, el individuo no esta obligado a hacerlo. Pero si éste hombre es viejo o enfermo, el otro está obligado a emprender solo la tarea. La ley lo obliga a ayudar a su prójimo a descargar la carga, pero no lo obliga (sin hacerse paga) a cargar. Rabí Simón dice que la ley obliga también a cargar (sin hacerse de pagar); rabí José, el Galileo, dice: “No se está obligado a ayudar a

un prójimo que ha comedito la falta de cargar al animal con un peso demasiado grande.”

Aquí la Ley talmúdica exterioriza sentimientos de solidaridad y de misericordia, dignos de toda alabanza. La obligación de ayudar al caído – sea hombre o bestia- que algunos cristófilos pretenden adjudicar, a título de primicia y exclusividad, a los creyentes de Jesús y su jefe, fue legalmente sancionada siglos antes de la aparición de Jesús y sus discípulos.

Preceptos y mandamientos que aparecen minúsculos y exóticos en una legislación civil moderna, tienen amplia lógica si se los ubica en los Derechos hebreos. Es verdad que muchos preceptos y mandamientos asumen actualmente un carácter moral o simplemente religioso, pero siendo que lo puramente moral y lo religioso carecen actualmente de sanción, han dejado de constituir también una obligación.

De este modo, el Derecho moderno se ha venido haciendo cada vez más descarnado, deshumanizado y pretende conducir al hombre según las normas inmutables del universo celeste o de la máquina. ¡Craso error y grave olvido de la misión fundamental que frecuentemente hace olvidar aun aquel *minimum de ética* que constituye el Derecho, según la definición de un moderno filósofo!

¡Cuánto no podrán aprender, el legislador y el juez de la actualidad, si de vez en cuando, en vez de acudir a las monumentales jurisprudencias y a las doctrinas sabihondas, practicasen una inmersión en las profundas aguas que, ininterrumpidamente, manan de la Biblia y el Talmud!

CAPÍTULO XX

EL CONTRATO DE DEPÓSITO

SUMARIO: 1. *Importancia del contrato de depósito.* — 2. *Diferencia con el Derecho romano.* — 3. *El depósito en el Código de Hammurabí.* — 4. *El depósito en la Ley talmúdica.*

1. — IMPORTANCIA DEL CONTRATO DEL DEPÓSITO. — El *Exodo*¹ caracteriza el contrato de depósito, en el texto bíblico, diciendo: *Cuando alguno diere a su prójimo plata o alhajas a guardar, y fuere hurtado de la casa de aquel hombre, si el ladrón se hallare, pagará el doble.* El siguiente versículo establece: *Si el ladrón no se hallare, entonces el dueño de la casa será presentado a los jueces, para ver si ha metido su mano en la hacienda del prójimo.* Por último, en el versículo subsiguiente, se dispone: *Sobre todo negocio de fraude, sobre buey, sobre asno, sobre oveja, sobre vestido, sobre toda cosa perdida, cuando uno dijere: Esto es mío, la causa de ambos vendrá delante de los jueces; y el que los jueces condenaren, pagará el doble al prójimo.* Los versículos que siguen (10, 11, 12, 13, 14 y 15) especifican diversas situaciones, todas relacionadas con la fe violada en la apropiación indebida de bienes ajenos. En todos los casos existe el deber de presentarse, en última instancia, ante Dios mismo, quién debía juzgar en definitiva. Cuando el ladrón no ha sido hallado, el depositario debe prestar juramento de inocencia. A. Rosenvasser procura establecer el paralelismo de la Ley hebrea, en ésta materia, con la Ley babilónica. "Las disposiciones de ambas leyes coinciden en la exigencia de *presentarse ante Dios* para los casos de sospecha sobre la fe guardada en que faltase prueba, y en la restitución del doble como sanción de la fe violada. Las cuestiones mismas y las soluciones pertinentes son distintas... La *Ley de Hammurabi*' exige para el depósito de alha-

¹ *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 7.

jas o metales nobles la solemnidad del contrato escrito en presencia de testigos y niega acción a quien no hubiese cumplido la formalidad legal (artículos 122 y 123)." En la Ley hebrea, conforme al precepto bíblico, el depósito negado por no estar asentado en contrato escrito y haberse formalizado en presencia de testigos, el caso sólo es resuelto *por la pruebas ante Dios*.

Como se advierte, la legislación mosaica es escueta y deja mucho margen para la disquisición y la casuística. El Talmud ha sido más extenso y concreto; el depósito se halla tratado ampliamente en un libro especial, intitulado *Tratado Babá Metziá*.

El *Tratado Babá Metziá* se halla consagrado casi íntegramente a las cosas encontradas, a las que el Derecho hebreo en general asigna un lugar de preferencia, sin duda, por las vinculaciones que presenta la materia con las normas de una moral sana y edificante. Todo cuanto atañe a la confianza entre los individuos, al respeto del derecho del prójimo, al vínculo de solidaridad que debe estrecharse entre los elementos del conglomerado social y aun a los sentimientos de cordialidad y misericordia, con el hombre y con la bestia, han encontrado amparo en éste Tratado, según hemos visto a través del análisis de numerosos pasajes. Pero el *Babá Metziá* no está consagrado exclusivamente al tema a que acabamos de referirnos; hay otros que también se basan en preceptos de moralidad individual y colectiva, los cuales están representados por otros capítulos del *Babá Metziá*. Uno de ellos, es el que atañe al depósito, contrato que las modernas legislaciones no han recogido con la amplitud que lo enfocara el Derecho hebreo.

El contrato de depósito, es de un extraordinario desarrollo entre los israelitas de la época bíblica y de la talmúdica, por lo que los glosadores se han preocupado de encarar sus más sutiles aspectos, tendiendo siempre a salvaguardar los derechos de aquel que confía sus bienes en manos extrañas, por razones múltiples, y que goza de la facultad de que esas manos extrañas cuiden la cosa depositada con el máximo de desvelo; a veces mayor que aquel que pudo poner el propietario en la conservación de su bien.

La Ley talmúdica reconocía cuatro clases de depositarios o guardianes, según el respectivo grado de su responsabilidad y según si eran gratuitos u onerosos.

2. — DIFERENCIAS CON EL DERECHO ROMANO. — En esta última característica, la onerosidad, el depósito entre los hebreos se diferenció fundamentalmente del depósito que conocieron los romanos. En efecto, conforme a la opinión de los historiadores y jurisconsultos, en Roma, el depósito, aun antes de que fuese incor-

porado a los contratos consensuales, fue esencialmente gratuito; si existe un salario de por medio, el depósito se convierte en locación o en contrato innominado (Ulpiano). Por esta razón principal no hallamos analogías entre ambas instituciones: la hebrea y la romana.

En Roma, el depósito fue un contrato por el cual una persona, el *depositante*, entrega una cosa a otra persona, el *depositario*, que se obliga gratuitamente a guardarla y devolverla al primer requerimiento².

El problema se reducía a asegurar la buena fe del depositario, en el sentido de la restitución de la cosa confiada a su custodia. Se cumplía una verdadera ficción jurídica (a las cuales el Derecho romano estaba tan habituado), por la cual el depositante hacia transferencia del bien a favor del guardián o depositario; mediante un pacto anexo, el depositario se comprometía a devolver la cosa a su anterior propietario, cuando aquél lo requiriese.

3. — EL DEPÓSITO EN EL CÓDIGO DE HAMMURABÍ. — El Oriente conoció el depósito, que en algunas legislaciones adquirió categoría y carácter de precepto divino. Por ejemplo, en la India. "El depósito —asevera el doctor A. Capdevila— es una carga de un carácter particularmente religioso. Depositar un objeto en casa ajena equivale a ponerlo en custodia del *pater familias*, y por su intermedio en custodia de los manes domésticos. El objeto no puede ni debe perderse. ¿No está un dios —el dios del hogar— para velar por él? Este es el origen de la severidad con que aun ahora se legisla el depósito. Por eso, porque está de por medio un dios, el depósito no se prescribe. Porque está de por medio un dios, los hombres no pueden variar las circunstancias propias del depósito; de tal manera que conforme a la entrega se hará la devolución: secretamente, si aquella fue secreta, públicamente si aquella lo fue. Por eso, porque medio un dios, que vive y actúa en lo eterno, inmutable, no puede reemplazarse el objeto dado en depósito, ni aun tratándose de cosas fungibles.

"Por lo demás, la devolución se hará al mismo depositante, estando vedado hacerlo a sus presuntos herederos, si aquél no ha muerto aún. Sólo se exime el depositario en virtud de caso fortuito: incendio, robo, terremoto. Se estima que el caso fortuito depende de los dioses, no de los hombres. En nuestra hipótesis el mismo dios es quien rompe el compromiso, y él sabrá por qué lo rompe.

² *Depositum*, que designa a la vez el contrato y a cosa depositada. viene de *ponere*, según Ulpiano.

"Diremos a mayor abundamiento, que Manú acepta las orda-lías en los casos de litigios por causa de depósito. Lo cual plena-mente comprueba el carácter divino que le acabamos de atribuir"³.

El *Código de Hammurabí* contiene algunas disposiciones re-lacionadas con el depósito, tal como se le conoció en la legislación hebrea y en la romana. Conforme a la opinión de A. Rosenvasser, el capítulo XXI, versículos 7 a 9, que "legisla sobre los casos de fe violada en la posesión o apropiación indebida de cosas y animales, encuentra su paralelo próximo en los artículos 122 y 126 del Có-digo *de Hammurabí*, y más lejano en los artículos 106, 107 y 120 del mismo código..."

Los preceptos directamente relacionados con el depósito, en la Ley babilónica, son los siguientes:

106. Cuando un agente recibiere dinero de un comerciante y negare el hecho, el comerciante probará a su comisionista delante de Dios y testigos el recibo del dinero, y el comisionista pagará al comerciante el triple del dinero recibido.

107. Cuando un comerciante diere comisión a un agente y el agente hubiere devuelto al comerciante todo lo que recibió, y el comerciante negare lo recibido, el agente llamará a su comitente ante Dios y testigos, y el comitente, por haber negado lo que recibió, pagará al agente seis veces lo recibido.

129. Cuando alguno guardare su grano en la casa de otro y hubiere una pérdida en el granero, o el propietario de la casa abriere el granero y tomare el grano o negare que el grano está almacenado en su casa, el propietario del grano establecerá su grano en presencia de Dios, y el propietario de la casa doblará el grano que recibió y lo restituirá al propietario del grano.

Ahora bien, en cuanto a los artículos del *Código de Hammu-rabí*, correlativos de los versículos 10 a 15 del *Éxodo*, sobre la res-ponsabilidad por la pérdida de ganados, en los casos en que hubie-ren sido entregados en depósito, en préstamo o en locación, el código nombrado dispone:

262. Si alguno un buey o una oveja hubiere dado a guardar a su prójimo...

263. Si dejare perder el buey o la oveja que le fue confiada, restituirá al propietario buey por buey y oveja por oveja.

256. Si el rebaño fuera víctima de una epidemia o fuere presa de un león, el pastor establecerá su inocencia ante Dios, y la pérdida del ganado será a cargo del propietario.

244. Si alguno hubiere tomado en alquiler buey o asno, y un

3 A. CAPDEVILA: *El Oriente Jurídico*, página 78.

león lo matare en campo abierto, cargará con la pérdida el propietario.

245. Si alguno hubiere tomado en alquiler un buey y causare su muerte por negligencia o abuso, restituirá al propietario buey por buey.

246. Si alguno tomare en alquiler un buey y lo perniquebrare o le cortase el tendón del testuz, restituirá al propietario buey por buey. Etcétera...

Como se ve, la Ley hammurábica establece el precio del animal y los casos en que no corresponde indemnizar por la pérdida; asimismo fija una escala de valores, cuando el animal ha perdido algún órgano. La Ley hebrea va más allá: establece una distinción en los casos en que el locatario es responsable, y cuando lo es el propietario del animal que haya locado su trabajo juntamente con el de la bestia.

Acabamos de bosquejar el sistema del depósito en el Oriente y en Roma. Veamos la institución dentro del Derecho hebreo.

4. — EL DEPÓSITO EN LA LEY TALMÚDICA. — La Ley talmúdica reconocía cuatro clases de depositarios o guardianes, que se caracterizaban por la suma de responsabilidad que asumían legalmente: el *shomer hinam*, que guarda un depósito sin salario alguno; tiene el mínimo de responsabilidad por la custodia y solamente debe pagar si el depósito ha sido robado o se ha perdido por un *accidente raro* (según los términos de la ley), o sin que se le pueda acusar de negligencia; el *shomer sajar*, que guarda el depósito por salario; el *sajar* que alquila un objeto y debe custodiarlo hasta su restitución al propietario; el *shoel*, el que presta un objeto y asume la máxima responsabilidad por su cuidado. El segundo y el tercer tipo de depositarios, son indudablemente más responsables que el primero: deben pagar, por ende, el valor del objeto, tanto en el caso de haber sido robado o si se ha perdido en un *accidente raro*; pero son liberados si el depósito se ha perdido por un accidente que no se pudo prever ni evitar (*ones*). En cuanto al último, está obligado legalmente a pagar el valor del objeto, aun en el caso del *ones*; en cambio, queda liberado en el caso de haber tomado en calidad de préstamo un animal para que trabaje en el campo y la bestia, débil o enferma, ha muerto como consecuencia del trabajo, sin que se pueda acusar al guardador de haberlo hecho exceder en su resistencia.

Los cuatro depositarios, o guardianes, a quienes acabamos de referirnos, tienen entre sí un rasgo común: que si pretenden que la pérdida del depósito ha tenido lugar de una manera que los exi-

me de responsabilidad, deben prestar un juramento en el sentido de que el daño no ha tenido lugar de otra manera; por ejemplo, si el guardián sin salario pretende que el depósito ha sido robado, o se ha perdido en un accidente raro —en cuyo caso él es liberado— debe prestar juramento de que no ha sido robado ni se ha perdido por negligencia; si el guardián por salario pretende que el depósito se ha perdido por un *ones* —en cuyo caso él es liberado— debe prestar juramento de que no ha sido robado ni se ha perdido en un accidente raro, que se haya podido evitar, en cuyo caso habría sido responsable.

El *Tratado Babá Metziá*⁴ comienza diciendo: "Si un individuo da a otro en depósito un animal u objetos inanimados, y éste depósito ha sido robado o se ha perdido por un accidente raro de la casa del guardián, sabido es, que en este caso el guardador sin salario no tenía que prestar juramento que el robo o pérdida han sobrevenido sin que haya falta de su parte; si el guardián no quería prestar juramento de pagar al propietario el valor del depósito, y si se hallaba al ladrón, que es condenado, según el caso, a la multa del doble o del cuádruple o del quíntuple (si el ladrón ha muerto o vendido el animal robado, paga el cuádruple o el quíntuple), en este caso es al guardián a quien el ladrón paga la multa. Si, por el contrario, el guardián ha prestado juramento para ser eximido hacia el propietario del depósito, el ladrón paga la multa al propietario."

Otra *Mishná* del mismo Tratado dispone: "Un individuo ha arrendado una vaca y la ha prestado en seguida a otro individuo; la vaca ha muerto de muerte natural en poder del que la ha prestado; esto constituye propiamente un *ones*, un accidente que no se puede evitar. En este caso el guardián (*sajar*), quien ha arrendado la vaca, prestará juramento que la vaca ha muerto de su muerte natural y será eximido con respecto al propietario; y el que la ha prestado, pagará su valor al arrendatario del animal."

La *Mishná* plantea diversas posibilidades y resuelve los casos: "Si un individuo dice, dirigiéndose a la vez a dos personas: Yo he arrebatado a uno de vosotros cien *zuzes*, pero no sé a quién; o bien, si dice: El padre de uno de vosotros me ha remitido en depósito cien *zuzes*, y no sé el padre de quién me los ha remitido; en ambos casos, el individuo dará a cada uno de estas personas cien *zuzes*, porque ha hecho espontáneamente la confesión."

"Dos individuos han dado dinero en depósito a un guardián; el uno le ha dado cien *zuzes*, y el otro doscientos. En este caso, el

⁴ *Tratado Babá. Metziá. Perek II.*

guardián dará a cada uno de ellos cien *zuzes* y se guardará el resto para sí, a menos que se llegue más tarde a saber, a quién pertenecen."

Dice otra *Mishná* (fol. 38): "Si un individuo ha puesto en depósito frutos o productos del campo en poder de un guardián, aunque estos objetos se averíen, no debe tocarlos (para venderlos antes de que estén perdidos). Rabí Simón, hijo de Gamaliel, dice: El guardián los vende delante del tribunal, porque presta un servicio al propietario, como si le hubiera devuelto un objeto perdido, puesto que éste depósito terminará por corromperse completamente si no es vendido."

La opinión del comentarista es acertada. Sus opositores sostenían —por reducción al absurdo del problema— que siendo muy grande el afecto del propietario, por su cosa, preferiría verla reducida a una pequeña parte, y no los productos que podría adquirir con el dinero que el guardián le entrega por concepto de la venta.

Prosigue la *Mishná*: "Si un individuo da a otro en depósito frutos o productos del campo (y el guardián los ha mezclado con sus propios productos), no devolverá al propietario la cantidad que ha recibido, porque los productos del campo sufren, con el tiempo, pérdidas; suprimirá, entonces, de cada producto, la pérdida que sufrió según su naturaleza."

Con esa minuciosidad en el detalle y en la estadística propia del Talmud, a que ya nos hemos referido, la ley establece la proporción exacta que el guardián deberá devolver al propietario, calculando la merma que debía sufrir el producto conforme a su naturaleza. No cuadra al carácter de ésta obra seguir la enumeración, por lo que proseguiremos con otras disposiciones de la Ley talmúdica acerca del depósito.

Una *Mishná* dispone: "Un individuo ha dado en depósito un tonel, sin precisar el lugar en el cual el guardián deberá colocarlo; el guardián lo toma y lo desplaza y el tonel se quiebra. Si el tonel se ha quebrado en manos del guardián, está obligado a pagar el daño, si ha desplazado el tonel para su propio uso; pero será eximido, si lo ha desplazado para mejor guardarlo, o para mejor conservarlo. Pero si el tonel se ha quebrado después que ha sido colocado en su lugar, el guardián es eximido, aun cuando el desplazamiento haya tenido lugar por un fin personal. Si el propietario del tonel ha necesitado el lugar en el cual el guardián debía ponerlo, y éste lo ha desplazado y el tonel se ha quebrado, el guardián debe siempre el daño, si lo ha desplazado para su propio uso, su propia comodidad, aunque el tonel no se hubiera quebrado sino después que ha estado en su lugar."

El doctor Rabinowicz, haciendo un comentario a éste pasaje del Talmud, expresa: "Nuestra *Mishná* dice que si el guardián ha desplazado el tonel para su propio uso, y el tonel se ha quebrado en sus manos, debe pagar el daño; porque haciendo uso de un objeto que no le pertenece, es considerado como un hombre que presta un objeto de otro, y el hombre que presta un objeto debe pagar el daño, si el objeto se quiebra en su casa por un accidente. Pero si el tonel no se quiebra, sino después que ha sido colocado en su lugar, el guardián está eximido, aunque después lo haya desplazado, para su propio uso; porque habiendo colocado el tonel en su lugar, ha, por así decirlo, restituido el objeto a su propietario; no es más responsable del accidente que sufre el objeto después de su restitución, no es más que un guardián sin salario que no es responsable de un accidente raro. Pero, ¿Puede desligar su responsabilidad si no ha advertido al propietario de la restitución del objeto, para que éste lo vigile? (Por que nuestro guardián, poniendo el tonel en su lugar, no ha advertido al propietario). El lo puede, según rabí Ismael, y nuestra *Mishná* adopta la opinión de éste doctor, porque libera al guardián que ha colocado el tonel en su lugar. Porque se lee en una *beraitá*: Un individuo que roba un carnero del rebaño, o una *sela* (una pieza de moneda del valor de cuatro denares) de la bolsa, debe enviar el objeto robado al lugar donde estaba (no es necesario que él advierta al propietario de la restitución); esta es la opinión del rabí Ismael. Rabí Akiba dice que está obligado a advertir al propietario de esta restitución"⁵.

Una *Mishná* (fol. 42) del mismo Tratado, expresa: "Un individuo ha dado a otro dinero en depósito; el guardián lo envuelve en su manto para llevarlo sobre sus espaldas, o bien lo entrega a su hijo menor, que deja en la casa, sin guardarlo de una manera suficiente. En este caso, el guardián es responsable de la pérdida del dinero; porque no lo ha guardado como los guardianes lo hacen de ordinario. Si lo ha guardado como acostumbra hacerlo los guardianes, es liberado."

Respecto a las responsabilidades y abusos de los depositarios, las dos escuelas clásicas del Talmud, han elaborado vastas y muy contradictorias doctrinas. La Escuela de Shamaï dice que el guardián que ha puesto su mano sobre el depósito, es decir, ha abusado de éste, debe ser castigado, sea que el depósito ha disminuído de valor, sea que haya aumentado. Si, por ejemplo, el depósito valía cuatro *zuzes* cuando el guardián ha puesto la mano sobre él y si no valía más que un *zuz* cuando lo ha consumido, pagará cuatro

⁵ I.-M. RABINOWICZ: *Legisl. Civ. du Thal?nud, Nouveau Commentaire du T. B. Metzia*, página 201.

zuzes; porque un bribón debe pagar por el objeto arrebatado conforme al valor que tenía al tiempo de su apoderamiento. Si el depósito valía un *zuz* en el momento en que el guardián ha puesto la mano sobre él, pero si el valor ha subido a cuatro *zuzes* antes de que haya sido consumido por el guardián, éste pagará cuatro *zuzes*.

La Escuela de Hilel dice que el guardián pagará el valor que el depósito tenía en el momento en que fue apropiado. Rabí Akiba disiente con ambas escuelas; opina que el guardián depositario infiel deberá pagar el valor al momento de la reclamación.

Por fin, la *Mishná* establece algunas discriminaciones. Si el guardián ha querido poner la mano sobre el depósito (es decir, según Raschi, que haya dicho en presencia de testigos, que lo va hacer), es condenado según la Escuela Shamaï, como si ya hubiera consumado el acto; según la Escuela de Hilel, no es condenado si no ha consumado el acto.

Si el guardián recibe en depósito un tonel de vino, habiendo tomado una medida de su contenido, y en seguida el tonel se ha roto, por un accidente, no pagará sino la dosis que ha aprovechado, no siendo responsable por el accidente. Pero si ha levantado el tonel para tomar una medida de vino y el tonel se ha quebrado más tarde por un accidente, es responsable del accidente, y pagará por el depósito íntegro.

C A P Í T U L O X X I

CONTRATOS DE LOCACIÓN

SUMARIO: 1. *Locación de servicios y locación mixta.* — 2. *Locación de cosas.* — 3. *Arrendamiento de campos.* — 4. *La propiedad horizontal en el Talmud.* — 5. *La locación en Roma.* — 6. *La enfiteusis y el fondo agrario israelita.*

I. — LOCACIÓN DE SERVICIOS Y LOCACIÓN MIXTA. — Israel conoció la locación como la mayoría de los contratos que a través del Derecho romano pasaron a las legislaciones modernas y contemporáneas. Y está fuera de discusión de que en la legislación mosaica, igual que en el Talmud, se conocieron varias formas de la locación tanto de cosas como de personas. En cuanto a ésta última, baste decir que la casi totalidad de las disposiciones que hemos agrupado bajo la denominación de *Derecho del Trabajo*, estaban involucradas en la locación de personas, aunque existen preceptos que nos recuerdan el moderno contrato de locación de obra.

En cuanto a la legislación mosaica y postmosaica, relacionada con los trabajadores de Israel, nos remitimos al capítulo respectivo. Trataremos aquí solamente de complementar lo ya dicho precedentemente con algunos preceptos talmúdicos.

Dice el *Tratado Babá Metziá*¹: "Todos los obreros (*umanim*) que reciben los materiales para confeccionar un objeto, tienen en el cuidado de esos materiales la responsabilidad de un guardián por salario, de modo que si por un *accidente raro* estos materiales se pierden o si han sido robados al obrero, debe pagar su valor. Pero todos esos individuos, si han finalizado el trabajo y han dicho al patrono que puede venir a recibir la obra terminada (ellos no la retienen en prenda del salario) y les paga en seguida, no tienen más que la responsabilidad de un guardián sin salario; no son responsables por la pérdida o el robo, si el *accidente es raro* y si éste no se produjo por una negligencia culpable."

¹ *Tratado Babá Metziá*, Perek VI.

El mismo Tratado² en una *Mishná* expresa que si el obrero trabaja en la recolección de higos, no debe comer uvas; si trabaja en la recolección de uvas no debe comer higos; pero puede comer el género de frutas en el que trabaja, absteniéndose en el lugar donde ellas sean menos buenas, para comer más, cuando llegue al lugar donde son mejores.

El asno puede comer de la carga que transporta.

Una *Mishnd* (fol. 92) dispone: "El obrero puede comer hasta el valor de un *denar*. Rabí Eliezer Heisma dice que el valor de lo que come no puede exceder el monto de su salario. Los otros doctores lo autorizan; solamente se puede dar al obrero el consejo de no comer en exceso, porque no se le arrendará en el futuro."

Más adelante agrega la misma *Mishná* (fol. 93) que el obrero puede vender al patrono el derecho de comer, fijando la suma que el patrono le dará para que no coma los frutos en los que trabaja; puede hacer trato para sí mismo, para sus hijos mayores (con el consentimiento de éstos), para sus esclavos mayores (también con el consentimiento de éstos) y para su esposa; porque estos individuos tienen inteligencia (pueden entonces vender su derecho). Pero el obrero no puede hacer este trato para sus hijos menores, para sus esclavos menores, y para su animal (porque estos seres no tienen inteligencia para vender su derecho). Cuando se plantaba un árbol, estaba prohibido comer sus frutos hasta el cuarto año, a menos que no se los haya arrancado. Por consiguiente, los obreros que trabajan en estos árboles no deben comer los frutos; pero si el propietario de estos árboles no ha hecho saber a sus obreros que estos árboles no tienen aún cuatro años de existencia, está obligado a arrancar sus frutos, para que ellos los puedan comer. (Si la cosecha ha terminado y los frutos se hallan maduros para el consumo, no se les debía comer antes de pagar el diezmo)³.

2 *Tratado Babá Metzía*, Perek VII, fol. 91.

3 La Biblia manda pagar a todos los israelitas los *diezmos* y las *primicias*. Esta obligación se convirtió en un verdadero tributo fiscal y consistía en la entrega de la décima parte de los frutos o de los animales. Un décimo del diezmo (el rediezmo) era destinado para sostén de los sacerdotes, y algunas necesidades del culto. Los levitas gozaban del diezmo de todos los bienes y frutos de los habitantes; seguramente porque al efectuarse la distribución de las tierras, los hijos de la tribu de Levi fueron desprovistos de toda parcela so pretexto de que *Dios debía ser su única herencia y la porción que les correspondía* (*Deuteronomio*, capítulo X, versículo 9; capítulo XVIII, versículos 1 y 2). Por tal motivo, se les compensó con los *diezmos* y las *primicias*. Estas se hallaban destinadas a los sacerdotes y al Sumo Pontífice y se oblaban tres veces al año: en *Pascua*, por las espigas (*Levítico*, capítulo XXIII, versículo 10); en *Pentecostés*, por los nuevos panes (*Levítico*, capítulo XXIII, versículo 15) y en a *Fiesta de los Tabernáculos*, por los nuevos frutos (*Números*, capítulo XVIII, versículo 13).

Si se halla que los frutos ya se encuentran en este estado, el patrono tiene necesidad de los obreros para hacer algún trabajo (por ejemplo, para tapar los toneles de vino, etcétera), estos no deben comer; pero si el patrono no les ha advertido (en el caso en que los obreros podían tener dudas en saber si los frutos en los que trabajan son maduros o no para el diezmo), él debe darles el diezmo para que ellos puedan comer. Los guardianes de los frutos pueden comerlos, porque esta es la ley del país, aunque la Ley bíblica no hable de este particular. La Ley rabínica acordaba a los obreros más derechos que los que debían gozar según la Biblia.

El Talmud se muestra minucioso en regular las relaciones entre aquél que se emplea al servicio de otro y le suministra su trabajo, y él que lo usufructúa. También se ocupa de una forma singular y mixta de la locación: la del locatario que alquila su trabajo físico y lo complementa mediante el aporte de un animal de tiro o de carga. Admite el caso del préstamo o locación del obrero y el préstamo o locación de un animal de tiro, por ejemplo: una vaca o un asno.

La *Mishná* contenida en el Perek VIII del *Tratado Babá Metziá* distingue a este respecto el caso en que un individuo ha tomado en préstamo una vaca y ha prestado o tomó en locación al propietario de la vaca (es decir, el propietario ha contratado su trabajo personal y el de su vaca). Si ha tomado en préstamo al animal mientras el propietario de este trabajaba y el animal ha muerto, el locador del trabajo del hombre no debe pagar nada en concepto de indemnización por la pérdida, en virtud de lo dispuesto por el *Éxodo*⁴. Pero si ha tomado en préstamo la vaca, cuando el propietario no estaba todavía contratado a su servicio y la vaca ha muerto, debe pagar el valor de la vaca, porque está escrito: *Si el propietario no está, pagará*⁵.

La *Guemará* explica este pasaje aduciendo que cuando el propietario tiene bajo su cuidado permanente al animal, no es responsable el locador por lo que pudiera ocurrirle a la bestia de trabajo; pero si el propietario no está a su lado, el que ha tomado en préstamo el animal, es responsable como guardián o depositario.

Otra *Mishná* contenida en el mismo Tratado talmúdico, establece que si un individuo tomó prestada una vaca por media jornada y la arrienda por la otra mitad, o la toma en préstamo por un día y la arrienda por el próximo, o bien toma en préstamo una vaca y arrienda otra y la vaca o ambas mueren, el demandante dice: La vaca muerta era prestada, o bien dice que la vaca ha

4 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 14

5 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 15

muerto mientras se hallaba en préstamo (por consiguiente, el demandado debe pagar el valor de la vaca; porque el que presta un objeto es responsable aun de un accidente inevitable); y el demandado dice: Que él no sabe si el otro dice la verdad o no; en ese caso el demandado debe pagar. Si el demandado dice: la vaca muerta está alquilada, o bien afirma que la vaca ha muerto durante la prestación de su trabajo (el que alquila un objeto no es responsable de un accidente inevitable) y si el demandante alega que no sabe si el otro dice la verdad o no, el demandado es absuelto. Si el demandante arguye que la vaca muerta era prestada, y si el demandado dice que la vaca muerta se hallaba en calidad de préstamo; éste prestará juramento de que afirma la verdad (y será liberado). Si el demandante y el demandado tienen sus dudas, se partirán entre ellos el valor de la vaca muerta (es decir, que el demandado pagará la mitad).

2. — LOCACIÓN DE COSAS. — El Talmud contiene algunos capítulos relacionados con la locación de cosas que hace pensar en que dicha institución había alcanzado una gran difusión entre los israelitas y ciertos aspectos ofrecen una extraordinaria similitud con ciertas normas vigentes en la actualidad. Así el *Tratado Babá Metziá*⁶ trae una *Mishná* que dice que si un individuo alquila una casa a otro, a razón *de* tanto por mes, sin establecer el plazo de la locación, no puede desalojarlo en invierno, sin haberle advertido treinta días antes del comienzo de dicha estación. (Según la opinión de rabí Asher, aunque procure desalojarlo en el verano, el propietario de la casa también debía advertírsele con treinta días de anticipación). En las grandes ciudades no se puede desalojar a los locatarios ni en invierno, ni en verano sin notificarlos con doce meses de anticipación. (La razón es lógica: la población de las grandes ciudades era compacta y evidentemente faltaban suficientes habitaciones.) Prosigue la *Mishná* diciendo que si se trata de un comercio, sea en las pequeñas poblaciones, sea en las grandes ciudades, el locador debe advertir al locatario con doce meses de anticipación. (La circunstancia de tratarse de una locación para un comercio imponía mayor tolerancia, tanto en las ciudades como en las localidades pequeñas.)

Un afamado comentarista —rabí Simón, hijo de Gamaliel— era más liberal en su criterio, opinando que tratándose de un comerciante, de un panadero o de un tintorero, la advertencia —no existiendo plazo de locación— debía producirse con no menos de

⁶ Tratado Babá Metea, Perek VIII.

tres años de anticipación, ya que estos tres gremios acostumbraban hacer sus ventas a crédito, demorando el cobro.

Se lee en una *beraitá* una interesantísima jurisprudencia, según la cual, del mismo modo que el locador debía anticipar al locatario su deseo de que le restituyese la casa, el locatario debía hacer idéntica advertencia al propietario, para que aquel buscara un nuevo inquilino.

La *Guemará* trae muy expresivas demostraciones acerca del espíritu de previsión de la época, en cuanto se refiere a la locación de las cosas. Si la casa del patrono —se dice— se ha averiado por un accidente imprevisto, puede desalojar al locatario para habitarla él mismo. Raschi comenta ésta jurisprudencia y dice: "El propietario puede decir al locatario: Yo no te he advertido porque no sabía que mi casa se iba a averiar; tu sostienes que no encuentras casa para arrendar, no habiendo sido advertido, pero yo tampoco puedo encontrar casa para arrendar, no habiendo podido saber, por anticipado, que mi hogar sería destruido."

Siguiendo el comentario de la *Guemará*, se advierte que si el propietario ha vendido la casa locada, o si la ha donado, o si la ha dejado a su heredero, nadie puede desalojar al inquilino, sin que haya sido advertido de antemano y dentro de los plazos legales. Si el propietario ha destinado la casa para un hijo que contrajo matrimonio, es preciso ver, si ha podido prever el cambio de estado de su hijo, y advertir al locatario: pero si no podía preverlo, el locatario está obligado a abandonar la casa, porque el propietario puede decirle: *tú no tienes rutas derechos que yo mismo*. (Yo no te he advertido porque no he previsto el matrimonio de mi hijo; tu pretendes que no encuentras casa para arrendar: yo no la encuentro tampoco, no habiendo podido prever que mi hijo iba a casarse y si permaneces en la casa alquilada, estaré forzado a dar la mía a mi hijo y no hallaré casa para mí.) Conforme a un texto del *Tratado Babá Batrá* (fol. 144), el uso de la época consistía en que si el primogénito se casaba en la casa de su padre, la casa pasaba a ser de pertenencia del hijo.

Una *Mishná* del *Tratado Babá Metziá*⁷ establece que si un individuo arrienda una casa a un locatario, debe hacer las puertas, la cerradura, la llave y todo lo que no puede ser hecho por un obrero (*umen*), un hombre del oficio; pero el locatario está obligado a hacer él mismo lo que puede ser hecho por una persona cualquiera (que no es del oficio).

Con referencia a la locación, encontramos la siguiente dispo-

⁷ *Tratado Baba Metziá*, Perek VIII.

sición : "Si un individuo alquila una casa por un año, el mes añadido (algunos años tienen trece meses en lugar de doce, según el calendario israelita⁸), pertenece al locatario (es decir, no debe el alquiler). Si él ha arrendado a tanto por mes, el mes añadido pertenece al propietario de la casa (el locatario debe abonarlo)." Otra *Mishná* determina: "Un individuo arrienda una casa a otro por cierto espacio de tiempo y la casa se derrumba antes del término; en este caso el propietario está obligado a edificar una casa para que el locatario la habite hasta el fin del término. Si la casa era pequeña, no la hará más grande; si era grande no la hará más pequeña; si no tenía más que una habitación no hará dos; si tenía dos habitaciones, no hará una sola. La casa que edificará no tendrá menos aberturas ni más aberturas que la anterior, a menos que el locatario y el propietario consientan en los cambios a introducir."

A través de las transcripciones que acabamos de hacer, se confirma la opinión, ya expresada, de que la locación de casas para la vivienda —o para el comercio— había llegado entre los israelitas, durante la época talmúdica, a un alto grado de evolución⁹.

Se advierte, además, el muy moderno y complejo problema de la escasez de viviendas en las grandes ciudades, que a través de la historia ha ido agudizándose, superándose y provocando nuevas normas de legislación. Es obvio que si no se tratase de un régimen incluido en el Derecho hebreo de hace muchos siglos, algunas de

8 El calendario israelita es el resultado de una larga evolución histórica y son muy contradictorias las opiniones acerca del que se usara en los tiempos primitivos, aunque los historiadores coinciden en afirmar que inveteradamente los israelitas se guiaban, para contar el tiempo, por los movimientos de la luna y en algunos signos agrícolas. Como especial característica, cabe destacar que el año hebreo contiene seis tipos distintos de días: 353, 354, 355, 383, 384 y 385 días, respectivamente. Según el calendario que aun hoy usan los israelitas, el año normal consta de 354 días, divididos en doce meses, con 29 y 30 días, agregándose a veces un día al mes de *Jeshvan*; o un día menos, que se quita al mes de *Kislev*, para impedir que el año nuevo (*Fiestas de Rosh Hashaná* o *Iom Kipur*), se celebren en días viernes o domingo. En cada ciclo de 19 años, hay siete años *bisiestos*; en el año bisiesto se agrega al mes de Adar un día, y al año un mes denominado *Vendar*, de 29 días.

9 En los *Libros de los Jueces* y de *Samuel* se comprueba que los hebreos hicieron abandono paulatino de sus tiendas cambiándolas por casas de material. Este cambio no se había completado aun en los días de Saúl (*Crónicas*, capítulo V, versículo 10) y ni siquiera en los días de Salomón. En algunas ocasiones, como conquista de guerra, los israelitas se apoderaban de ciudades enemigas, entregándolas para vivienda de los connacionales (*Jueces*, capítulo I, versículo 29); otras, reconstruían una ciudad arrasada, la levantaban conforme a los cánones de los cananeos y la habitaban (*Jueces*, capítulo XVIII, versículos 27 y 28).

las previsiones que hemos referido, parecerán colocarnos en presencia de algún código de edificación de nuestros días.

3. — ARRENDAMIENTOS DE CAMPOS. — Hemos dicho repetidas veces que la más difundida actividad en Israel se reflejó en la vida agrícola del país¹⁰. Así se explica que tanto la Biblia como el Talmud se hayan ocupado, con especial interés, de reglar las tareas campestres, en sus múltiples aspectos, velando por la prosperidad y el bienestar de quienes con su esfuerzo contribuían a la riqueza general de la nación, desde el surco de la finca rural.

Pero la inevitable desigualdad económica de los individuos hizo que mientras el número de los propietarios de heredades rústicas fuera escaso, el de los trabajadores —arrendatarios u obreros— sumara una multitud. De ahí que el legislador y los comentaristas se desvelaran por asegurar a los verdaderos factores de la gran riqueza asentada en la campiña, una buena y justa retribución y la garantía de que no serían despojados del producto de su trabajo fecundo.

Un mito muy común, difundido por el sectarismo antisemita, y admitido sin discriminaciones por muchos israelitas, consiste en negarles a los hijos de Israel aptitudes y amor por la tierra.

Ha contribuido sin duda a fortificar esta "leyenda negra" la circunstancia de que, fuera de la tierra de sus antepasados y a través de sus numerosos exilios, los israelitas no han tenido ocasión de dedicarse, al menos en grandes masas, a la agricultura. La

10 "Los hebreos habían dado un paso trascendental. Habían abandonado la vida errante y estaban aprendiendo a depender cada vez más de la agricultura. Pero ¿Quién había de enseñarles la técnica? Por mucho que hubiesen capturado algunas aldeas con los campos adyacentes, y hubiesen matado a los hombres, eso no los convertía automáticamente en agricultores. Algunas de las mujeres sobrevivientes que trabajaban regularmente en los campos prestaron su colaboración enseñando algunas cosas a las mujeres hebreas y contándoles muchas más... La transformación de Israel incluyó también el cambio de puntos de vista acerca de la propiedad y de la organización social. En el desierto, la tribu poseía en común todos los dones de Dios; el aire, el sol, el agua o la hierba no tenían propietario privado. Cuando los israelitas se volvieron sedentarios fue preciso que cada familia cultivara una porción determinada de la tierra perteneciente al clan; y si bien al principio, sin duda alguna, la tierra fue asignada por un consejo de jefes de familia, y sólo por tiempo determinado y de acuerdo al número de miembros de la familia, a medida que pasó el tiempo la ocupación tendió a identificarse con la propiedad. Si los cananeos poseían tierras, ¿Por qué no habían de poseerlas también los hebreos? Los cananeos tenían espíritu comercial; compraban y vendían por dinero. ¿Por qué no habían de vender los hebreos su grano, manteca y rebaños a los habitantes de las ciudades y asegurarse una reserva para los años malos?" — A. E. BAILEY: *La vida cotidiana en los tiempos bíblicos*, página 123.

resistencia de las clases gobernantes y la presión del ambiente, se confabularon para que el hebreo viviese de ocupaciones manuales o del comercio, ya que la venta y el arrendamiento de tierras para el cultivo estaban vedados a estos eternos peregrinos, evidentemente con el propósito de impedir que echaran raíces muy hondas...

Hasta el siglo XIX hubo naciones del viejo mundo que prohibían la enajenación de tierras a los pobladores israelitas, de modo que por razones muy explicables la vocación de éstos por las tierras rurales, fue haciéndose cada vez más débil, aunque jamás se haya esfumado del todo.

Prueba de la importancia trascendental asignada por los israelitas a la vida del agro, lo constituye la existencia de muy intensivas colonizaciones realizadas en los escasos puntos del planeta, donde se les proporcionó la oportunidad de ejercitarse en estas actividades y la economía de algunos países agrícolas de Europa (Rusia, Polonia, Rumania) ha encontrado un buen puntal en las comunidades rurales israelitas ¹¹.

No menos poderosa ha sido la acción de estos antiguos colonos del Oriente en los modernos países americanos, como Brasil, Argentina, Méjico, Canadá y Estados Unidos de América, donde vastas extensiones del suelo nacional cuentan con la fecunda presencia de millares de familias israelitas ¹².

Y por último, cabe mencionar el ejemplo que brinda Palestina,

¹¹ Gracias a un cuantioso aporte en dinero del Barón Maurice de Hirsch, varias repúblicas sudamericanas cuentan en a actualidad con un extraordinario aporte de colonias israelitas. En Brasil y en a Argentina — particularmente en éste último país—, el litoral y a pampa poseen muy prolíficas regiones entregadas al trabajo afanoso de millares de familias israelitas que constituyeron en su época verdaderas avanzadas de la civilización y que siguen gozando de un lugar de privilegio en la agricultura nacional, la obra de la I.C.A. (sigla de a empresa colonizadora instituida con el fantástico legado del Barón Maurice de Hirsch), es sencillamente colosal y muchas veces los gobernantes han mencionado con palabra altamente elogiosa y justiciera la acción Judía en la vida de a agricultura nacional.

¹² El experimento agrario de los israelitas en la tierra de sus antepasados constituye una auténtica revelación para la técnica más evolucionada. Desde el extinto líder socialista belga, Vandervelde, hasta el técnico del Ministerio de Agricultura de los Estados Unidos, Mr. Lowdermilk, pasando por el diplomático soviético Maisky, y la última comisión investigadora nombrada por la UN —cuantas personalidades han pasado por Palestina y apreciado la obra que realizaron en escasos veinticinco años los pioneros del movimiento *jalutziano*— no han tenido palabras para elogiar la extraordinaria magnitud de la empresa que ya se ha realizado allí. Eso sin contar con la inclemencia del suelo pedregoso y abandonado por siglos, la escasez de agua de riego natural y pese al sabotaje sistemático que se ha venido cumpliendo por la administración local, en desmedro de los más hermosos planes de trabajo.

donde cerca de trescientas colonias florecientes, creadas e impulsadas por mano de obra y cerebro exclusivamente israelita, han echado las bases de una robusta economía nacional que es ejemplo para todos los pueblos laboriosos de la tierra.

Y un cotejo de la esencia de todas las festividades israelitas, celebradas pomposamente en Palestina, durante la existencia del Estado soberano y transplantadas a la diáspora, donde aun se siguen respetando por las comunidades, demostrará hasta la evidencia cuán grande ha sido y siguió siendo el apego de los creyentes en Jehová por el trabajo inherente a la tierra. En efecto, la mayoría de las grandes fiestas constituyen una remembranza de los ciclos de la agricultura, en sus distintas ramas, que en Eretz Israel se rodeaban de verdaderas solemnidades populares, mezclándose lo religioso con lo poético, lo místico con lo puramente humano.

Con cuánto razón ha podido decir Benjamín Disraeli, el orgulloso hijo del Imperio Británico, en cuya corona engarzó la estrella resplandeciente de la India: "Las viñas de Israel han dejado de existir, pero la Ley eterna todavía prescribe a los hijos de Israel la celebración de la vendimia. ¡Una raza que persiste en celebrar su vendimia, aunque no tenga fruto alguno que recoger, recuperará sus viñas!"

El Talmud se muestra muy generoso para con el trabajador de la tierra, pero no tolera que el campo se abandone y que el colono o arrendatario procuren aprovecharse de una cosecha, en desmedro del vigor del suelo productivo. Un equilibrio armonioso entre los intereses del arrendador y del arrendatario, o del patrono y del locador, o del obrero, y una permanente preocupación para que la tierra produzca los mejores frutos, se conjuraron para que los textos legales que rigieron en la era talmúdica constituyan un modelo de perfección y de admirable sentido común.

Pero antes de entrar en materia recordemos la admirable institución bíblica del *año sabático* (que se cumplía de siete en siete años), según los preceptos del *Éxodo*¹³ y *Levítico*¹⁴ y que, como hemos dicho, en esencia tendía a liberar al suelo por el término de doce meses, de toda actividad. ¿Cuál habría sido la mira del legislador, sino anticiparse al científico moderno que ordena un descanso para la tierra, después de un determinado número de años de actividad?; descanso que le hará reponerse de un ciclo prolongado de labores y recobrar las energías agotadas tras largo esfuerzo. Las ciencias agronómicas modernas no pueden sino aplaudir con entusiasmo justiciero esta sabia prescripción de Moisés,

¹³ *Éxodo*, capítulo XXIII, versículos 10 y 11.

¹⁴ *Levítico*, capítulo XXV, versículos 4 y 7.

enderezada a evitar el agotamiento de los suelos merced a una explotación irracional.

Veamos ahora lo que dice el Talmud, respecto al contrato de arrendamiento de tierras. En el *Tratado Babá Metziá*¹⁵ encontramos: "Si un individuo toma un campo en arrendamiento, hará todos los trabajos que los colonos deben hacer según el uso del país. Si el uso quiere que se corten las espigas, el arrendatario las cortará; si el uso quiere que se las arranque, las arrancará. Si el uso quiere que se labre la tierra después de la siega, lo hará. La parte que el arrendatario debe tomar en el trigo, la tomará también en el rastrojo y la paja. La parte que toma en el vino la tomará también en los racimos y los rodrigones (sostenes de las parras o cepas). Los rodrigones son a cargo del propietario y del colono."

Otra *Mishná*, del mismo Tratado, expresa que si un individuo toma un campo en arrendamiento, el cual tiene riego de una vertiente, o un campo en el cual se encuentra un árbol, el arrendatario no puede cercenar lo que debe al propietario, aunque la vertiente haya desaparecido o el árbol se haya secado. Pero si ha dicho que quiere tomar en arriendo un campo que tenga su riego de una vertiente o un campo en el cual se encuentre un árbol, puede deducir de lo que debe al propietario el valor del daño que para él tiene la desaparición de la vertiente o del árbol.

He aquí una disposición altamente moralizadora. La *Mishná* (fol. 104) del Tratado citado, establece: "Si el arrendatario no cultiva el campo, debe pagar al propietario lo que el campo habría producido si se hubiera cultivado. Porque está escrito en el arrendamiento: Si yo dejo el campo sin cultivo, pagaré las mejoras (consistentes en los frutos que se habría podido obtener)."

La tendencia de la época se traducía en el propósito de aprovechar la tierra y gozar de sus bendiciones: aquel que, habiéndola tomado para cultivarla, la abandonaba o sólo la cultivaba parcialmente, era pasible de las indemnizaciones por el perjuicio que había ocasionado al propietario de la heredad.

Si el arrendatario, se lee en otra *Mishná* del mismo Tratado, rehúsa cercar el campo, diciendo al propietario: Tu no tendrás ningún perjuicio, puesto que te entrego la parte convenida de los productos del campo, el propietario puede forzarle al cercamiento; porque puede decirle: Tu puedes irte un día y dejara: el calmo lleno de malas hierbas. Si el campo, que el arrendatario ha tomado para cultivar, produce muy pocos frutos, siempre que se pueda obtener una pila, el arrendatario está obligado a cultivarlo. Rabí

¹⁵ *Tratado Babá Metziá*, Perek IX.

Judá dice que el arrendatario está obligado a hacerlo, si el campo da los productos suficientes para la semilla del año siguiente."

En otra *Mishná* se dice que si los frutos del campo son destruidos por la langosta, o son quemados, o destruidos por una calamidad pública, el arrendatario puede descontar al propietario una suma proporcional a la parte que ha sufrido; si la pérdida no ha sido causada por una calamidad pública (si ella no era inevitable), el colono no puede cercenar nada de la suma que adeuda al propietario.

El doctor Israel-Michel Rabinowicz, comentando este pasaje, opina, que a su juicio, en todos los casos en que la pérdida de los frutos no había podido ser evitada, el arrendatario quedaba libre de obligaciones. Porque, explica él, las ha tomado evidentemente bajo la condición tácita de que la cosecha no será destruida por una causa independiente de su voluntad. Es de todo modo contraria al espíritu talmúdico y a todas las leyes rabínicas hacer al colono responsable de una desgracia que no ha podido evitar.

Continúa el Talmud: "El arrendatario que se obliga a entregar al propietario cierta cantidad de productos del campo por año, le dará sobre los productos de campo que él cultiva, aunque esos productos hayan sido quemados, etcétera. Si los productos de ese campo son mejores que los de otros, está obligado a dar al propietario de esos productos y no puede decirle que los cambiará por otros."

El propietario que toma un campo —dice otra *Mishná* (fol. 109) del mismo Tratado— por siete años, puede el primer año sembrar lino y cortar los sicomoros en el mismo año, porque el lino no agota la tierra por más de siete años y los sicomoros vuelven a brotar en siete años con el mismo vigor que tenían. Pero si lo ha tomado por menos de siete años, no puede sembrar lino, ni cortar sicomoros.

El precepto es de cuidado y conservación de la tierra madre. Se pretende evitar —al igual que con el *año sabático*— la extenuación de la tierra; bastamente ilustrados sobre los problemas de la fecundidad del suelo, los israelitas se preocuparon de asegurar una perpetua productividad. Esto sólo podía lograrse aplicando a la legislación los conocimientos que entonces se tenían acerca de la agronomía, de tan vastas proyecciones en la actualidad.

Refiriéndose a los plazos de locación y pago de precio de los campos dedicados a la agricultura, establece el Talmud¹⁶: "Un arrendatario que toma un campo a razón de setecientos *zuzes*, el septenario (*shvuá*), el año séptimo de la *shmitá* queda incluido;

¹⁶ *Tratado Babá Metzjá*, Perek IX.

pero si dice que pagara setecientos *zuzes* por siete años sin referirse a la *shmitá*, ésta no queda incluida, puesto que el año de la *shmitá* no se cuenta por un año de cultivo."

El obrero que trabaja por día, dice la *Mishná*, debe ser pagado la tarde que lo sigue, y el patrono tiene tiempo de pagar toda la noche hasta el mediodía del día siguiente. El obrero contratado por algunas horas puede ser pagado toda la noche y todo el día; cuando es contratado por semana, por mes, por año, por una *shvuá* (septenario de años), si termina su trabajo durante el día será pagado en este día antes de ponerse el sol; si termina su trabajo durante la noche, el patrono tiene tiempo de pagarle toda esa noche y en todo el día que le sigue antes de ponerse el sol. Las disposiciones precedentes demuestran la preocupación del legislador en el sentido de no retener los salarios de los elementos humildes de la sociedad: los obreros del campo. La ley es imperativa en este sentido y se anticipa en muchos siglos a modernos códigos que aseguran al trabajador la percepción de sus jornales en el lugar donde trabaja y sin demora alguna. El Talmud repite lo que en tono enfático proclama, a este respecto, el *Deuteronomio*: *En su día le darás su jornal, y no se pondrá el sol sin dárselo; pues es pobre, y con él sustenta su vida.*

Si —afirma Raschi— no se ha pagado el salario al obrero durante el tiempo indicado en la *Mishná*, se transgrede una prohibición bíblica. Si hay discusión entre el obrero y el patrono durante el tiempo indicado, agrega, el obrero puede hacerse pagar el salario, prestando juramento de que dice la verdad; más tarde está obligado a apoyar su reclamación con pruebas.

4. —LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL TALMUD. — A través de diversos pasajes del Talmud, se llega a la conclusión de que los hebreos conocieron la *propiedad horizontal*, institución que algunas legislaciones modernas reconocen y que se va introduciendo, no sin dificultades, en las leyes actuales. He ahí otro sistema de derecho que la cultura moderna debe a los israelitas y que ya mereció la atención del legislador en la antigüedad.

En el *Tratado Babá Metziá*¹⁷ encontramos una *Mishná* que confirma nuestro juicio. Dice la *Mishná*: "Dos individuos tienen una casa, en la cual el piso inferior es de uno y el superior del otro; la casa se ha derrumbado y no se reconoce por los escombros, si provienen del piso inferior o superior. En este caso, dice la Ley talmúdica, los escombros son distribuidos entre los dos in-

¹⁷ *Tratado Babá Metziá*, Perek X.

dividuos. Si hay piedras quebradas, y otras quedaron intactas, se puede algunas veces reconocer después la causa y el modo del derrumbe, si son la del piso superior o del piso inferior; se hará, entonces, la distribución en consecuencia. Si uno de los individuos reconoce una parte de sus piedras (que están intactas), las toma, y ellas le son contadas."

Otra *Mishná* dispone, refiriéndose a un caso de locación: "Un individuo ha locado el piso superior de una casa; el techo se ha derrumbado: el propietario deberá reconstruir el techo para el locatario, pero no quiere hacerlo. En este caso el locatario se muda al piso inferior, donde permanece hasta que el propietario efectúe la reconstrucción del techo. Rabí José dice que en este caso el propietario dará la armadura del techo y el locatario proporcionará la mezcla."

Leemos otra *Mishná*: "Dos individuos poseen una casa de dos pisos, en la que el inferior pertenece a uno y el superior al otro; la casa se ha derrumbado. El propietario del piso superior dice al otro: Reconstruye tú el piso inferior y yo reedificaré el superior; el otro no quiere hacerlo. En este caso el propietario del piso superior puede reconstruir el piso inferior y esperar, hasta que el otro le haya reembolsado los gastos, antes de reconstruir el piso superior. Rabí Judá no aprueba esta idea; porque el propietario del piso superior, antes de reconstruir, habrá permanecido en el piso inferior que pertenece a aquél para quien el habrá anticipado el dinero necesario para reedificar su piso inferior; será entonces un acreedor de ésta y permanecerá gratuitamente en su casa, lo que sembrará una usura.

Por consiguiente, es mejor para el propietario del piso superior reconstruir los dos pisos y luego irse al piso inferior (dejando el superior vacío) hasta que el otro le reembolse sus gastos por el piso inferior.

5. — LA LOCACIÓN EN ROMA. — Para finalizar el capítulo relativo a la locación, digamos que Roma conoció el arrendamiento, igual que Israel, y lo utilizó especialmente para regir las tareas rurales. El que se obligaba a suministrar a otro el goce temporal de una cosa, o a ejecutar por él cierto trabajo, era el *locator*; el que debía el precio de alquiler, era el *conductor*, también llamado *colonus*, granjero de una propiedad rural. El *colonus* constituía una capa social y económica vasta y caracterizada y gozaba de ciertos privilegios que la sociedad romana le asignó para instarlo a permanecer en la tierra. En este sentido, el *colonus* romano era análogo, en sus derechos y garantías, al arrendatario rural del Derecho hebraico.

Asimismo hallamos en el Imperio dos subclases de locación de persona o *locatio operarum*: la *locatio operarum*, propiamente dicha y la *locatio operis*. En el primer caso, el *locador* presta un servicio determinado al *conductor* mediante una retribución en dinero, denominada *tuerces*; en el segundo caso, el que presta los servicios recibe de la otra parte tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar su trabajo. Estamos, así, en presencia de la locación de obra, que ya hemos encontrado en la Ley talmúdica.

En el Derecho romano no existía una verdadera diferenciación entre el arrendamiento y la compraventa; por lo menos, se advierte entre ambos contratos una gran analogía. Esta analogía se refiere a los elementos esenciales de cada uno de estos contratos, especialmente en cuanto al *consentimiento de las partes*, la cosa objeto de la transacción y el *precio*. Justiniano que dió los últimos toques a la estructura jurídica de Roma, no introdujo innovaciones que caracterizan a la locación y a la compraventa. Tan es así que las Institutas no contienen disposiciones específicas del primero de estos contratos.

Más bien, por el contrario, el legislador se preocupó de señalar que el "arrendamiento se asemeja mucho a la venta y se rige por las mismas reglas de Derecho... Hay tal afinidad entre la venta y el arrendamiento —se lee en el capítulo XXIV de las Institutas de Justiniano— entre la venta y el arrendamiento, que en ciertos casos se duda si el contrato es una venta o un arrendamiento".

6. — LA ENFITEUSIS Y EL FONDO AGRARIO ISRAELITA. — Existió en Poma otra institución para cuando, en vez de tratarse de una persona que entrega una cosa de su propiedad a otra, en arrendamiento, era el municipio quien concedía a perpetuidad el disfrute de un terreno a una persona, mediante una renta anual. Posteriormente, fue autorizado el mismo contrato entre los particulares (durante el Bajo Imperio, bajo el emperador Zenón).

Se trataba de un contrato especial, que participaba de los caracteres de la locación y de la venta: era la *enfiteusis*. La enfiteusis obligaba al propietario del fundo a procurar al arrendatario el goce y frutos de la cosa arrendada. El arrendatario (*enfiteusis*) se hallaba obligado a pagar la renta, llamada *pensio* o *canon*, adquiriendo sobre la cosa un verdadero derecho real.

La enfiteusis tiene una sugestiva y renovada aplicación en la actual colonización hebrea de Palestina. El *Keren Kayémet Le-israel* (Fondo Agrario Israelita) entrega las tierras que adquiere de los árabes para el trabajo exclusivo de los pobladores israelitas,

conservando la propiedad del suelo para todo el Pueblo judío a perpetuidad. "Del pueblo provienen los medios del *Keren Kayémet* —dice un autor— y al pueblo le entrega todo el suelo que rescata."

"Una vez realizados los trabajos de mejoramiento necesarios para poner las tierras en condiciones de ser labradas, el *Keren Kayémet* las entrega para su cultivo a los miles de postulantes que llegan al país para formar en él su hogar y contribuir con su trabajo a la reconstrucción de la patria judía en Eretz Israel. Las tierras son dadas a los ocupantes en *enfiteusis*, o sea, en arrendamiento por períodos variables, no mayores de cuarenta y nueve años, bajo ciertas y determinadas condiciones y con derecho de transmisión hereditaria y aun transaccional.

"Los ocupantes reciben el derecho de cultivar el suelo así obtenido, construir sobre él los edificios necesarios e introducir las mejoras y cambios que consideren conveniente, gozando del producto íntegro de su trabajo y de la valorización que éste da a sus predios. En cambio, se obligan a: 1°) Abonar al *Keren Kayémet* el 2% del valor de la parcela recibida si se trata de terrenos rurales, el 3% cuando son suburbanos y el 4% si son urbanos; 2°) Observar el descanso sabático y guardar las fiestas judías sobre la tierra arrendada; 3°) Establecerse y cultivar el suelo arrendado, utilizando únicamente mano de obra judía en el trabajo; 4°) Recabar el consentimiento del *Keren Kayémet* cuando se trate de transmitir a otro ocupante los derechos inherentes al arrendamiento... La intervención del *Keren Kayémet* en toda transacción que se haga para transmitir los derechos inherentes al arrendamiento, asegura el cumplimiento de los principios arriba indicados; evita la acumulación posible de tierras del *Keren Kayémet* en una sola mano, o sea, el *latifundio*, ya que dicha institución no le cede a nadie más tierra de la que puede serle necesaria para obtener de su cultivo un pasable bienestar económico; y da al *Keren Kayémet* la posibilidad de revaluar los predios, reservando para sí parte de la valorización que se deba no a las mejoras introducidas —que corresponden, por justicia, al que las ha realizado con su trabajo y otros medios—, sino al progreso general del país. Con estos ingresos han de formarse con el tiempo los medios que permitan al *Keren Kayémet* un desenvolvimiento gradualmente más acelerado de sus actividades redentoras del suelo erezisraelita.

"Por otra parte, la reevaluación periódica y la intervención directa y obligatoria del *Keren Kayémet* en toda transacción relacionada con las tierras de su propiedad, han de evitar, en lo humanamente posible, la especulación con las mismas" ¹⁸.

18 WOLF NIJENSOHN: Obra citada, paginas 47 a 49.

De este modo, la antigua institución de la enfiteusis, que Roma aplicó para las tierras que los emperadores o los latifundistas (en el Bajo Imperio) entregaban en arrendamiento a perpetuidad, o a largos plazos, a los colonos, para que se convirtieran en una renta poderosa, fue aprovechada por Israel para afirmar el precepto bíblico de la inenajenabilidad perpetua del suelo, y es hoy base económica principal de la restauración del Estado hebreo en la tierra de sus antepasados.

CAPÍTULO XXII

DE LAS FIANZAS

SUMARIO: 1. *Garantías otorgadas.* — 2. *Régimen legal de la fianza.* — 3. *La fianza en otras legislaciones.* — 4. *De los embargos y ventas judiciales.*

1. — GARANTÍAS ORTOGADAS. — Israel conoció la importancia y extensión de la fianza como medio para estimular el préstamo y ayudar al necesitado. La Biblia hace mención de la prenda, en diversos pasajes, si bien procura atenuar las consecuencias de la inejecución de la obligación afianzada. El mismo espíritu de solidaridad y de misericordia que inspira todas las obligaciones de la ley, asiste al legislador cuando se refiere a las garantías. El *Éxodo*¹ dispone: *Si tomares en prenda el vestido de tu prójimo, a. puestas del sol se lo devolverás.* Y el versículo siguiente explica: *Porque sólo aquello es su cubierta, es aquel el vestido para cubrir sus carnes, en el que ha de dormir: y será que cuando él a mi clamare, yo entonces le oiré, porque soy misericordioso.* El precepto tiende a asegurar al menesteroso el goce y uso de sus elementos más indispensables. El mismo criterio asiste al legislador cuando en el *Deuteronomio*² dispone: *No tomarás en prenda la muela del molino, ni la de abajo ni la de arriba; porque sería prender la vida.*

El respeto por la dignidad del hombre y el cuidado puesto en evidencia para no privarle de lo imprescindible, dictaron normas como las que transcribimos.

Las leyes modernas de protección a los deudores promulgados como una gran conquista de los tiempos y con miras a no privar a ningún ser humano de aquellas cosas sin las que no puede convivir en el seno de la sociedad (alimentos, lecho, útiles de trabajo), evidentemente se hallan inspiradas en los preceptos mosaicos. En

1 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 26.

2 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 6.

el mismo Libro³ encontramos preceptos que complementan admirablemente el *derecho de los pobres*. *Cuando dieres a tu prójimo alguna cosa emprastada, no entrarás en su casa para tomarle prenda... Fuera estarás y el hombre a quien prestaste, te sacará afuera la prenda... Y si fuese hombre pobre, no duermas con su prenda ... Precisamente le devolverás la prenda cuando el sol se ponga, para que duerma en su ropa y te bendiga.*

Recuérdase que la única excepción a la prohibición de entrar en la casa del deudor para tomarle una prenda, era a favor del obrero, quien, siendo acreedor por salario, podía introducirse en la casa de su patrono, deudor, para recoger una prenda.

Solamente la defensa de los derechos del trabajador hebreo —para quien la ley instituyera singulares privilegios— podía superar la garantía otorgada por la legislación a aquel que hubiere tomado prestado y diese fianza o el acreedor la reclamara.

2. — RÉGIMEN DE LA CONFIANZA. — El régimen de la fianza legal gozó de amplia primacía en Israel y la encontramos en la institución del rescate, en la manumisión de los siervos y en el matrimonio. En esta última institución recordaráse que el marido constituía una hipoteca, a favor de la mujer, sobre los bienes que ésta aportaba al matrimonio; garantía que subsistía hasta que el esposo le concedía el divorcio, o hasta el fallecimiento de éste. En cambio hallamos disposiciones que prohíben la fianza en ciertas situaciones. Con el propósito de evitar que alguien sufra desmedro, físico o material, por las culpas de otro, el *Deuteronomio* prescribe⁴, y esto se halla confirmado en el *Libro de los Reyes*⁵, que ningún ciudadano —ni aun los padres por los delitos de sus hijos— debía sufrir ni salir por fiador de la falta del otro.

El Talmud no podía permanecer en silencio frente a una institución que se había difundido considerablemente entre los israelitas de los tiempos bíblicos. En efecto, en el *Tratado Babá Metziá* (Perek IX) hallamos un pasaje que establece que el acreedor no puede apoderarse de las prendas del deudor, sin la licencia del tribunal. No podrá entrar en la casa del deudor para tomar una prenda, porque está escrito: *No entrarás en su casa (la del deudor) para tomar una prenda; pero quedarás afuera y el deudor te traerá la prenda afuera*⁶. Y la *Mishná* agrega: "Si el acreedor tiene dos prendas, restituirá al deudor la que llegare a necesitar y guardará

3 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículos 10 a 13.

4 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 16.

5 *Libro de los Reyes*, capítulo XIV, versículo 6.

6 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículos 10 y 11.

la otra. Devolverá la almohada a la noche y el arado de día. Si el deudor ha muerto, el acreedor no está obligado a devolver las prendas a sus herederos. Rabí Simón, hijo de Gamaliel, dijo: Aun cuando el deudor no haya muerto, el acreedor no está obligado a devolverle en el momento en que tuviera necesidad de ella, antes del plazo de 30 días; pasado este plazo podrá hacerla vender por el tribunal."

La *Guemará* interpreta este pasaje, planteando la pregunta: Según la *Mishná* el acreedor no puede apropiarse de la prenda sin el permiso del tribunal; ¿Resulta de allí, que el tribunal sí puede hacerlo? Y la respuesta es la siguiente: El tribunal puede apoderarse de la prenda del deudor fuera de su casa, pero no puede entrar en la casa con este propósito.

El doctor Rabinowicz hace una acotación a los textos citados, y dice: "La Ley mosaica prohíbe al acreedor entrar en la casa del deudor para tomar una prenda. La Ley rabínica va más lejos: el acreedor, dice ella, no puede apropiarse nada, ni aun en la calle; en tanto que la casa del deudor es sagrada aun para la justicia que no tiene el poder de penetrar en ella. ¡Qué bella Ley rabínica! ¡Qué respeto de los rabinos por la intimidad del hogar de los particulares! Lo que da más valor a esta Ley rabínica, es que en su época los acreedores, prestando su dinero sin interés, eran verdaderos benefactores de los deudores; las deudas eran entonces doblemente sagradas por deber y por reconocimiento, pero la casa del deudor era más sagrada todavía."

Glosando un pasaje del *Éxodo*⁷ que se refiere al empleado del tribunal, que aparentemente podía entrar en la casa del deudor para tomar una prenda, la *Guemará* expresa que si esto es exacto, el empleado del tribunal no podrá tomar del deudor las cosas que él necesita para vivir. Es preciso dejarle la cama (para comer, dice la *Guemará*, pues en esa época los israelitas comían como los romanos), la cama para dormir y todo lo necesario para los niños (si la cama no se hallaba antes destinada al uso de la mujer o de los niños)⁸. Una *beraitá* disponía que se debía dejar al deudor dos camas, una para comer y la otra para dormir, en atención al doble uso que de ellas se hacía. Y agrega que es necesario confeccionar una lista para entregar al deudor de los objetos que debían quedar necesariamente en su poder, que son todos aquellos que se deben

⁷ *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 15.

⁸ Porque no se podía tomar los objetos destinados a la mujer del deudor o de los niños, puesto que aun en el caso de que un individuo ofreciera al tesoro sagrado todo lo que poseía, no se podía tomar los vestidos de su mujer, ni los de sus niños, ni los objetos nuevos comprados para su mujer o los niños.

dejar sin tomar, cuando alguien cede todo su patrimonio al tesoro sagrado⁹, a saber: alimentos para treinta días; vestidos para doce meses (es decir, se dejaba al que había hecho el voto a favor del tesoro sagrado, dinero necesario para subsistir durante treinta días, vestirse durante doce meses, etcétera); una cama; un colchón; sandalias; y si era obrero, se le dejaban los instrumentos de trabajo¹⁰.

Estas garantías tendientes a no despojar al deudor de los elementos más indispensables para la vida, al menos hasta que pudiera rehacer su patrimonio, se extienden a otros elementos débiles y desamparados de la sociedad. En efecto, una *Mishná*¹¹ dispone: "No es permitido tomar una prenda de una viuda, sea ella pobre o rica, porque está escrito: tu *no tomarás para prenda la ropa de la viuda*¹². Los doctores rabínicos se dividieron en la interpretación de esta regla: mientras algunos sostienen que sí puede tomarse prenda de la viuda rica, no puede alcanzar ésta exigencia con respecto a la que carece de bienes. Otros sostienen que el texto bíblico es claro y no admite más que una interpretación de carácter general."

Otro pasaje talmúdico, haciendo referencia a la prohibición bíblica¹³, *tomar en prenda la muela del molino ni la de abajo ni la de arriba*, establece que aquel que la da en prenda, comete una trasgresión, *porque sería prender la vida*, según el elocuente texto mosaico; pero, agrega, que no solamente se prohíbe prender una muela, sino también está prohibido tomar por prenda un instrumento cualquiera que sirve para preparar los alimentos, porque, según la expresión de la Escritura, *se prenderá así la vida de su prójimo*.

La *Guemará* trae el caso de un individuo que ha tomado el cuchillo de matarife de su deudor por prenda. Este se presentó delante de Abayé, que le dijo: Vete a devolver el cuchillo, porque es un instrumento que sirve para preparar los alimentos, después tú requerirás al demandado delante del tribunal por la deuda que reclamas.

Según hemos dicho, de acuerdo con la legislación hebrea, los préstamos gratuitos eran los únicos permitidos y legales¹⁴, por lo cual se estableció que en los préstamos a interés transgredían la

9 *Levítico*, capítulo XXVII, versículo 28.

10 *Tratado Erakim*, fol. 23.

11 *Tratado Baba Metzia*, Perek IX.

12 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 17.

13 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 6.

14 *Tratado Babá Metzjá*.

prohibición bíblica: el acreedor, el deudor, el fiador y los testigos ¹⁵.

En otras leyes se establecieron las diferencias: Los tribunales paganos obligan al deudor a pagar al acreedor el interés que éste se ha comprometido a pagar; los tribunales judíos, por el contrario, obligan al acreedor a devolver al deudor el interés que le haya tomado ¹⁶.

Conforme a la Ley pagana, el acreedor podía perseguir directamente al fiador, para cobrarse su acreencia; y el garante, a su vez, podía reembolsarse del fiado.

La Ley israelita, talmúdica, autoriza al acreedor a reclamar primeramente al deudor y subsidiariamente al fiador.

El marqués de Pastoret, refiriéndose a la institución del *año sabático*, en el que conforme a los textos bíblicos y talmúdicos, se producía de pleno derecho la remisión de las deudas, se plantea este problema: "Si la remisión de la deuda hubiese sido indispensable en el *año sabático*, ¿por qué se empleaba tan frecuentemente la fianza judicial? ¿Por qué se exigía el que ésta precediese o acompañase al empréstito, y se hallaba prohibido el que se otorgase posteriormente? En efecto: en este último caso, la caución era nula, y por el contrario, los registros en donde constaba el empréstito eran firmes y valederos, aunque estuviesen con fecha posterior a la caución ¹⁷. La fórmula del acta era de este tenor: A vosotros, N. y N., jueces del lugar de N., os entrego esto, para que pueda yo repetir el dinero que se me debe cuando lo tenga por conveniente; lo cual firmaban los jueces con los testigos. a no ser que lo hiciesen solamente los primeros, pues podían practicarlo bajo las dos calidades. El que recibía alguna cosa de muchos sujetos, debía dar a cada uno su caución o fianza judicial; pero si eran muchos los que recibían de uno solo, en este caso bastaba una por todos. La fecha debía ponerse en el mismo instante en que se hacía el empréstito, a pesar de que, como hemos dicho, debía preceder la caución porque los testigos tenían necesidad de deponer de ella en el acta, y no podía verificarse esto si antes no se había practicado. Si la cosa dada en fianza no era bastante, para cubrir toda la cantidad, se suplía hipotecando una casa o cualquiera otra posesión inmueble (*Mishná y Bartenorá*); pero si era suficiente y la deuda no había sido satisfecha, no obstante haber llegado al término prescripto, el acreedor no tenía facultad de entrar en casa del deudor y apoderarse por sí mismo, de la prenda o alhaja ofrecida en fianza,

¹⁵ *Tratado Babá Metzía*.

¹⁶ *Tratado Babá Metzía*.

¹⁷ *Mishná*, tomo 1, de *Septimo anno*, capítulo X.

sino que debía esperar en el umbral de la puerta a que éste se la entregaseis¹⁸.

Conforme a la opinión de este autor, la remisión del séptimo año, no extinguía la deuda, sino que la prorrogaba, quedando en consecuencia la garantía, en suspenso, durante el año de la *shmitá*.

8. — LA FIANZA EN OTRAS LEGISLACIONES. — "El Oriente conoció las instituciones de la prenda, la fianza y la hipoteca. Así, en la India, existieron dos clases de fiadores: los *fiadores de pago* y los *fiadores de comparencia*. Los primeros y sus sucesores estaban obligados al pago íntegro de las deudas, en caso de insolvencia del deudor principal. La ley plantea en esta forma un caso de excepción: pero, ¿En qué caso puede ocurrir que muerta una persona que se había ofrecido como fiador, pero no para el pago de una deuda, y cuya intención era bien conocida, el acreedor reclame la deuda al heredero? Si el fiador ha recibido dinero del deudor, y posee bastantes bienes para pagar, el hijo de aquel que ha recibido el dinero, debe pagar la deuda a expensas de los bienes que haya de heredar; tal es la regla"¹⁹. "El Egipto conoció todas las formas contractuales, desde las más simples hasta las más complicadas", afirma A. Capdevila. Y no le falta razón: entre los pueblos de la antigüedad clásica, el de los faraones, es quien mayor impulso dió a las relaciones jurídicas y a las instituciones del derecho que hoy conocemos.

Babilonia se muestra rica en materia de contratos y el *Código Hammurabí*, que encierra todo cuanto aquel país creó, nos habla de la prenda y la hipoteca.

El derecho real de hipoteca tuvo amplia repercusión en Roma, quien practicó aun antes de la *prenda*, el *pignus*, que tomó los caracteres de un verdadero contrato, y así fue incluido entre los contratos sancionados por el Derecho civil. Constituyó así una evolución, ya que el deudor no debía hacerle tradición de la cosa, al acreedor: pues éste no tiene más que la posesión, pudiendo retener el objeto hasta el cumplimiento de la obligación del deudor. El propietario seguía siendo propietario aunque momentáneamente perdía el uso y la posesión de la cosa.

La hipoteca en Roma experimentó diversas y muy profundas modificaciones, hasta convertirse en un derecho real, accesorio, con las facultades conocidas asignadas al acreedor.

Roma tuvo una vasta legislación relacionada con la fianza, lle-

¹⁸ *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 10. — PASTORET: Obra citada, páginas 167 y 168.

¹⁹ A. CAPDEVILA: Obra citada, página 78.

gando a desenvolver esta materia con lujo de detalles. Pero la fianza tenía una naturaleza distinta de la que conociera Israel. En efecto, para el Derecho romano la mayor utilidad de la fianza personal se concentraba en las cauciones que la ley imponía a los litigantes sin razón que antes de intentar un pleito estaban obligados a asegurar al contrario sobre las resultas de un fallo adverso al demandante. Estas cauciones regían en los casos en que las partes actuaban por sí mismas o cuando lo hacían por un procurador.

4. — DE LOS EMBARGOS Y VENTAS JUDICIALES. — La Biblia contiene diversas reglas tendientes a defender a los deudores de la excesiva rigurosidad de los acreedores. Estas reglas, que la ley y el comentario rabínico han mejorado y ampliado, pasaron a las legislaciones modernas, a través del Derecho romano y se conservan en las legislaciones como expresión de un sentido humanitario y de alta solidaridad humana.

Ya se han mencionado las prohibiciones para que el acreedor no pueda apoderarse, por sí, de los bienes de su deudor, ya sea en calidad de garantía o prenda, ya sea para convertirse en titular del dominio. Asimismo, hemos mencionado las garantías acerca de la inviolabilidad del domicilio del deudor, debiendo el acreedor esperar en las afueras del hogar del obligado, a que éste le entregue voluntariamente la prenda.

El Talmud contiene algunas prescripciones expresas sobre los embargos de bienes, cuya finalidad es la de secuestrar los objetos para su ulterior venta en subasta pública.

Al respecto encontramos en el Talmud²⁰: "Cuando el tribunal realiza el embargo de los inmuebles de un deudor para pagar su deuda, y ha estimado el valor de los mismos, es necesario hacer conocer la estimación y el acto de la venta judicial por publicaciones repetidas, para que todos cuantos quieran puedan verlos y estimarlos a su turno, y para que el tribunal los adjudique al fin, al mejor postor. Las estimaciones (y las publicaciones) para los inmuebles de pertenencia de los menores o huérfanos, deben prolongarse por treinta días (y es lo mismo, cuando se trata de los inmuebles de un deudor cualquiera, expresan los Tosafistas). Las estimaciones (y las publicaciones) deben prolongarse durante sesenta días, cuando se vende un inmueble que pertenece al tesoro sagrado. Las publicaciones deben efectuarse de mañana y por la tarde."

La *Guemará* interpreta el pasaje anterior diciendo que las pu-

²⁰ *Tratado Erakim*, fol. 21.

blicaciones deben hacerse por la mañana y por la tarde, con el objeto de que como los obreros se dirigen a sus tareas diarias en las primeras horas del día, y para efectuar una revisión y estimación del inmueble puesto a la venta, se debe facilitar la tarea de los interesados en las horas en que los obreros se hallan libres y desocupados.

Las publicaciones por la tarde obedecen, según el mismo comentario, a la circunstancia de que al regreso de los obreros que trabajan en el campo, puede requerirse sus servicios para examinar y asesorarse acerca de los inmuebles rurales.

Otra *Mishná*, del mismo Tratado (fol. 23) establece que si un individuo ha hecho un voto que se denomina *erakim*²¹, y si no paga al tesoro sagrado lo que debe según la promesa, se puede hacerle embargo de bienes. Si éste individuo carece de recursos, de resultas del embargo, se le da dinero para alimentarse durante treinta días, y para vestirse durante doce meses. Se le proporciona también dinero para que adquiera una cama con los accesorios, sandalias y filacterias, pero no hay obligación de proporcionarle dinero a su mujer ni a sus hijos. Si el individuo es un obrero, que tiene diversos géneros de instrumentos para su trabajo, se le debe dejar dos de cada género; por ejemplo, si es carpintero, se le deja dos hachas y dos sierras. Rabí Eleazar agrega: Si es cultivador, se le deja un par de bueyes; si es burrero, se le deja su asno. Si el obrero tiene muchos instrumentos de un género y un solo instrumento de otro, por ejemplo, si tiene tres hachas y una sierra, no hay obligación de comprarle otra sierra vendiendo el hacha, y se le dejan ambas hachas y una sierra.

Existen numerosas e interesantes reglas talmúdicas sobre el procedimiento para el embargo y la ejecución de bienes. Según el *Tratado Babá Metzjá*²², por las deudas inscriptas en acta, se puede embargar un inmueble, pero no por las deudas no inscriptas. Estas se consideraban simples *obligaciones naturales*, cuyo cumplimiento daba por cancelada la prestación, pero las que no eran legalmente exigibles.

Después de obtener la autorización para perseguir al deudor, el acreedor no podía emplearla sino después de noventa días de la sentencia.

Tratándose de bienes raíces, que habían sido objeto del embargo, el tribunal formulaba la estimación del bien afectado; pero hasta cumplido el período de doce meses posterior a la estimación, el deudor estaba facultado para anularla pagando la deuda.

Algunos doctores opinan que el derecho del deudor para anu-

21 *Levítico*, capítulo XXVII, versículo 1 y siguientes.

22 *Tratado Babá Metzjá*, Perek I.

lar la estimación judicial y rescatar el inmueble, era ilimitado en el tiempo²³.

En los embargos por deudas contraídas, la obligación del tribunal de efectuar publicaciones repetidas era severamente puntualizada, a fin de que el bien embargado fuera realmente adjudicado al mejor ofertante.

²³ *Tratado Babá Metziá.*

CAPÍTULO XXIII

LEYES SOBRE LOS DAÑOS

SUMARIO: 1. *La solidaridad, base de la legislación hebrea.* — 2. *Normas generales para la determinación de la responsabilidad por los daños.* — 3. *Daños causados por animales.* — 4. *Categorías de los objetos que pueden causar daño.* — 5. *Estimación del valor de los daños.* — 6. *Daño causado con los dientes.* — 7. *Daño causado por el hombre.* — 8. *Daño causado por un pozo descubierto.* — 9. *Daños causados por el Juego.* — 10. *Daños causados por salteamiento y robo.* — 11. *Daños causados por lesiones.* — 12. *Otros daños indemnizables.* — 13. *El daño en el Derecho romano.*

1. — LA SOLIDARIDAD, BASE DE LA LEGISLACIÓN HEBREA. — Una de las bases más amplias de la legislación hebrea, es el principio de la solidaridad entre los habitantes del país, sea de los israelitas entre sí, sea del israelita con el pagano o con el extranjero. Esta solidaridad se halla repetida en la Biblia, a través de numerosos preceptos y en el Talmud, que ensancha el campo de la convivencia y convierte a todo Israel en una sociedad fraterna y cordial, donde nadie está autorizado para causar mal a nadie y todos se obligan, legalmente, a eliminar cualquier motivo de discordia y hostilidad.

Razón tiene Algazi, cuando afirma: "Cuando nuestra ley nos ordena amar al prójimo, se refiere a todos los hombres en general, con los que tenemos que ser solidarios en todos los sucesos de la vida, tomar parte en sus dolores y en sus derrotas y regocijarnos en sus alegrías y triunfos" ¹.

El principio de solidaridad comienza en el seno de la familia. El *Decálogo* preceptúa: *Honra a tu padre y a tu madre*, y recomienda más adelante la ley que los padres no ejerzan violencia sobre sus hijos. Luego viene el amor entre hermanos, que no deben permitir la caída del prójimo, ni su servidumbre y están obligados

¹ ALGAZI: *Obra citada*, página 343.

a rescatarle aun antes del sexto año; el *levirato*, que constituye la quintaesencia del amor y la veneración fraterna. Más tarde hallamos normas admirables sobre el modo de conducirse con los amigos y las reglas que deben presidir toda relación humana, aunque se trate de entes sometidos a una categoría social ínfima, o con los idólatras y paganos. *Amarás al prójimo como a ti mismo*, dice el *Levítico*, y con ello sienta una base fundamental de la solidaridad que se deben los hombres entre sí, por el solo hecho de ser criaturas de Dios. Mientras para la mayoría de los pueblos de la antigüedad, los demás pueblos eran enemigos, y se calificó de *bárbaros* a aquellos que no compartían la adoración del mismo dios, fue el pueblo hebreo el único que invitó a todos los hombres —sin distinción alguna— a que se unieran en el amor a Dios². Por eso es altamente expresiva la lección dada a un prosélito, por el célebre Hilel, lección que se ha venido repitiendo a través de los siglos, sin que desgraciadamente nadie la haya aplicado con respecto a los hermanos de raza del ilustre doctor. Cuando un prosélito preguntó al maestro que había surgido más de medio siglo antes de Jesucristo, qué es el judaísmo, Hilel le respondió: *No hagas a los otros lo que no quieres que te hagan a ti; el resto no es más que el comentario...*

Los doctores rabínicos fueron categóricos en la afirmación de las normas de solidaridad, y así encontramos máximas como ésta: *El que quiere llegar a la perfección de un JASID, que observe las leyes de NEZIKIN, que se basan sobre principios de solidaridad* (Rabí Judá).

Y es sobre estas bases que la Ley mosaica y la talmúdica edificaron todo el sistema del resarcimiento de los daños, cuya importancia está demostrada por la circunstancia de que todo un tratado talmúdico (*Babá Batrá*) se halla consagrado a esta materia: para los israelitas el resarcimiento de los daños causados por el hombre o por sus bienes, asumía una importancia sencillamente trascendental.

La proyección y dimensiones que se dió a este tema tiene, además, otra explicación: todo cuanto se refiere a daños, ocasionados por la intromisión de los animales en los campos de cultivo, tenía un interés particular para los hebreos, atenta su calidad de pueblo rural y agrícola. La defensa del derecho de propiedad y la aspiración común de no perturbar el desarrollo de las plantas, de los árboles y de la simiente en las campiñas, indujeron al legislador para sancionar leyes y preceptos muy variados, tendientes a su defensa contra todo abuso.

² *Libro de Isaías*, capítulo II, versículo 3.

2. — NORMAS GENERALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS. — Cabe decir que los preceptos acerca de la materia se cuentan entre los más antiguos de la Biblia y si estos fueron conocidos por los demás países del Oriente antiguo, ellos no los fundamentaron sobre principios de solidaridad, como los hebreos, sino en la conveniencia de garantizar a la persona humana y la propiedad de todo accidente. El *Éxodo*³ establece, verbigracia: *Y si alguno abriere hoyo y no lo cubriere o cavase cisterna y no la cubriere y cayere allí buey o asno... el dueño de la cisterna pagará el dinero, resarciendo a su dueño... Y si el buey de alguno hiriere al buey de su prójimo y el buey muriese, entonces venderá el buey vivo, y partirá el dinero de él, y también partirán el muerto... Más si es notorio que el buey era acorneador de ayer y de antes de ayer, y su dueño no lo hubiese guardado, pagará buey por buey, y muerto será el suyo.*

Ninguna otra legislación se detuvo más tiempo, y con mayor amplitud, en prever los más sutiles matices del daño.

La Biblia estableció la norma general de que cada persona se halla obligada a vigilar sus bestias y todos los objetos que le pertenecen, a fin de que no causen daño a los demás. En consecuencia el propietario es responsable de los daños causados por los objetos de su propiedad, y se le castiga obligándole a indemnizar el perjuicio, por no haber vigilado sus objetos o sus bestias.

Por consiguiente, era la *falta de vigilancia* la causal de la condena; la mala fe no se tomaba en cuenta. Así, por ejemplo, el que había incendiado voluntariamente una casa o un campo, no era tratado con más rigor que el que por descuido había dejado caer el fuego de su bujía y hubiera causado involuntariamente un daño.

Los casos en que se castigaba por la *falta de vigilancia*, condenando al autor a pagar el daño, estaban divididos en cuatro categorías, según la *Mishná*. Pero no se atendía, en ningún caso, a la intención perversa del responsable; solamente se tomaba en cuenta el daño, presumiendo que siempre había sido *casual*. Para los casos de daños causados por el fuego, no se tomaba en consideración otro elemento que de la *falta de vigilancia*. Así también se regían las situaciones creadas por las bestias que ocasionaban un daño o por otros objetos que dañaban.

Las prescripciones bíblicas, como la mayoría de las leyes hebreas, fueron mejoradas por la Ley talmúdica.

Veamos algunas disposiciones relacionadas con la materia que nos interesa, en la Sagrada Escritura. Dice el *Éxodo*⁴: *Si alguno*

3 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 33.

4 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 5.

hiciera pacer campo o viña y metiere su bestia y comiere la tierra de otro, de lo mejor de su tierra y de lo mejor de su viña, pagará. Aquí se advierte la regla general: el que causa un daño, directamente por sus actos o por los de sus objetos u animales, está obligado a la indemnización del daño.

El versículo siguiente dice: *Cuando rompiere un fuego y hallare espinas y fuere quemado montón, o haza, o campo, el que encendió el fuego pagará lo quemado.*

Según hemos dicho anteriormente, no se tomaba en cuenta otro factor que la *falta de vigilancia*. Si bien se distinguieron, en la época talmúdica algunos matices de la vigilancia que debía ejercerse para medir el grado de culpabilidad. Si un individuo entra con una bujía en una cámara repleta de cosas inflamables, su falta de atención o de vigilancia son muchos mayores que la del individuo que se encuentra en el campo y deja caer una chispa que provoca un incendio.

En el capítulo precedente del mismo libro de la Biblia⁵ hallamos un mandamiento relacionado con el buey que causa daño. *Si un buey corneare hombre o mujer, y de resultas muriere, el buey será apedreado y no se comerá su carne; mas el dueño del buey será absuelto.* Esto se aplicaba así cuando no había antecedentes; es decir, cuando se ignoraba que la bestia tenía inclinación por hacer daño con sus cuernos. Pero la responsabilidad de su propietario se tornaba grave y aun fatal, si el *buey era acorneador desde ayer y antes de ayer, y a su dueño le fue hecho requerimiento y no la hubiere guardado, y matare hombre o mujer; en este caso, el buey será apedreado, y también morirá su dueño.*

La lógica es de hierro: si el propietario conocía de antemano la particularidad dañina del animal y había sido advertido y, sin embargo, no había encerrado a la bestia, era culpable de asesinato. Y siguiendo las normas del Derecho criminal, establece el *Éxodo*⁶: *Haya acorneado hijo o haya acorneado hija, conforme a este juicio se hará con él... Si el buey acorneare siervo o sierva, pagará treinta siclos de plata su señor y el buey será apedreado.*

Prosigue la Escritura enumerando los daños y se refiere a aquel que ha abierto un pozo y no lo cubriere, cayendo en él buey o asno: *el dueño de la cisterna o pozo, pagará el dinero, resarciendo a su dueño* (del buey o asno). Y luego viene el precepto que ya hemos citado: *Y si el buey de alguno hiriere al buey de su prójimo, y éste muriere, entonces venderán el buey vivo, y partirán el dinero de él*

⁵ *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 28 y 29.

⁶ *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 31 y 32.

y también partirán el muerto⁷. ¿Y si el animal vivo valía menos que el muerto? La ley no hace distinciones: en ningún caso, no mediando falta de vigilancia, el responsable debe pagar más que lo que vale el objeto causante del daño. Siempre, bien entendido, que no se tengan antecedentes sobre los malos instintos del animal, y el dueño haya sido advertido.

El Talmud es más extenso respecto de la naturaleza, categorías y sanción de los daños en general. Por de pronto, según hemos dicho, la *Mishná* reconoce cuatro categorías: El *buey* (que causa daño con sus cuernos); los *hoyos* o *pozos* sin cubrir; los *dientes* (los daños que un animal causa comiendo en el campo del prójimo); el *fuego*.

3. — DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES⁸. — Según el doctor Rabinowicz, los daños causados por los animales pueden ser considerados de dos maneras desde el punto de vista de la culpabilidad de sus propietarios, que tenían el deber de vigilarlos. Mientras el animal está domesticado, su propietario debe cuidarlo solamente para que no cause daño, siguiendo su instinto natural; por ejemplo, debe impedirle entrar en el campo de otro, donde causaría daños para satisfacer sus necesidad de comer (lo que el Talmud denomina daños causados por los *dientes*), o pisando el trigo (lo que el Talmud denomina daños causados por las *patas*). Si el animal, después de haber sido domesticado ha cambiado de hábitos, por ejemplo, si un buey se ha vuelto salvaje y golpea con sus cuernos por maldad, el propietario debe, no solamente tratar de impedir los daños que el buey puede causar por su instinto natural, sino, también, pensar en los que puede hacer por maldad. De ahí

⁷ Éxodo, capítulo XXI, versículo 35.

⁸ Una *Mishná* del *Tratado Babá Camá* (Perek V) expresa que lo que la escritura dice del buey, se refiere a todos los animales. Así cuando un animal cualquiera cae dentro de un pozo, es necesario pagar el daño. Si un ladrón ha robado un animal cualquiera, debe pagar el doble. Si un individuo ha encontrado un animal cualquiera perdido, debe cumplir los deberes prescriptos para devolver las cosas perdidas (*Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 1). Si un animal cualquiera sucumbe bajo la carga, es preciso venir en su ayuda (*Éxodo*, capítulo XXIII, versículo 5). El pasaje *No pondrás bozal al buey cuando trillare* (*Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 4) se aplica a todos los animales. El pasaje *No ararás con buey y con asno juntamente* (*Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 10) se aplica también a todos los animales, porque no se debía juntar un animal de una especie diferente ni para la reproducción, ni para el trabajo. En fin, el pasaje *Ninguna obra harás tú, ni tu buey, ni tu asno* (*Deuteronomio*, capítulo V, versículo 14) se refiere igualmente a todos los animales. ¿Por qué, entonces, la Biblia habla solamente del buey y del asno? Es que estos animales eran los más comunes.

surgen dos categorías de daños causados por los animales. Categorías de daños causados por el *instinto* de los animales. El que es culpable de no haber impedido a sus animales de causar un daño comiendo o pisando con las patas los objetos de otro, debe pagar el daño íntegro, conforme a la Ley bíblica. Aquí el Talmud admite dos restricciones, a saber: si el animal ha causado un daño semejante en un lugar público o en un lugar cualquiera accesible a todo el mundo, el propietario es absuelto; porque no se le puede exigir el encierro de sus bestias para impedirles de ir a pasearse en un lugar donde tiene derecho, como todo el mundo, de conducir o de dejar sus animales domesticados en plena libertad. Esta restricción parece, por lo demás, indicada en la Biblia con bastante claridad, puesto que la Escritura emplea las palabras *bisdé ajer* (en el campo de otro), lo que quiere decir, que el propietario no es condenado al pago, más que si el animal ha entrado en la finca del demandante.

Pero el Talmud admite todavía otra restricción, que está evidentemente motivada por el uso, uso que no ha sido admitido, por lo demás, por todos los doctores. Según este uso, no se condenaba al pago del daño íntegro, más que si el animal había destrozado directamente el objeto con sus patas. Pero si el animal ha pisado sobre las *tzerourot*, y las astillas han saltado para ir a destrozarse un objeto más o menos distante, el propietario no pagará más que la mitad del daño porque había allí una circunstancia atenuante para el propietario, que puede decir, que ha vigilado bien a su animal para que no destruya los objetos que puedan encontrarse bajo sus patas, pero que no ha pensado en los objetos apartados.

Las famosas Institutas de Justiniano contienen preceptos muy concretos relacionados con el daño causado por los cuadrúpedos. En efecto, el Título IX del citado código, expresa: "Respecto de los animales irracionales, si por lascivia, por fogosidad o por ferocidad han hecho daño, la Ley de las Doce Tablas estableció una acción noxal para éste caso: por consiguiente, según ésta ley, estos animales podrán ser dados en noxa por sus dueños y así se librarán de la condena: por ejemplo, si un caballo ha coceado o un toro ha corneado a alguien. Pero esta acción sólo tiene lugar cuando este daño ha sido causado por excepción, y no siguiendo lo que acostumbran estos animales, pites si son de naturaleza fieros, no hay acción." Vale la pena consignar que por la misma ley, si se trataba de animales que fugaban del cuidado de su dueño y causaban un daño, como los causantes del estrago carecían de raciocinio, no cabía acción alguna, ni contra éstos, ni contra sus dueños.

Como es sabido, las acciones noxales se utilizaban, en Roma,

para sancionar los delitos de los esclavos, tales como el hurto, el robo, el daño, la injuria, etcétera, y procedían cuando el propietario del siervo o del animal eran condenados en juicio: en este caso el propietario podía optar por pagar el daño o hacer abandono del esclavo, o del animal en favor del damnificado.

4. — CATEGORÍAS DE LOS OBJETOS QUE PUEDEN CAUSAR DAÑO. — El *Tratado Babá Camá*, en la *Mishná* (fol. 2), determina que los objetos que causan daños (*nezikin*, según el texto), se dividen en cuatro categorías, cuyos principales representantes son: el buey, el hoyo (pozo, fosa); la *mabé*; el fuego. El buey tiene alguna cosa que no se encuentra en la *mabé*, lo mismo que se encuentra alguna cosa en la última, que no se halla en la primera. Estos dos (el buey y la *mabé*) tienen alguna cosa que no se encuentra en el fuego, porque ellos son seres vivientes y el fuego no lo es. Los tres (el buey, la *mabé* y el fuego) tienen alguna cosa que no se encuentra en la fosa (hoyo, pozo), porque según su naturaleza, los primeros van a buscar el objeto que destruyen y la fosa no va a buscar el objeto. Pero todos los cuatro tienen algo de común entre ellos y es su naturaleza de causar daños, que su propietario está obligado a vigilarlos, y que, si causan daños, su propietario debe pagarlos con las mejores de sus tierras (si quiere pagar con tierra, en vez de hacerlo con dinero). Recordarás que según el Talmud, las tierras se dividían en tres clases o categorías, según su calidad. Una *Mishná* sentencia que es obligatorio abonar con tierra de la primera clase.

Un pasaje de la *Mishná*, contenido en el *Tratado Macót* (Perek I), establece la regla general: Yo soy responsable del daño causado por todas las cosas que debo vigilar. Si yo he contribuido un poco al daño, debo pagar como si yo solo hubiera producido el daño. Hay obligación de pagar el daño, cuando los bienes dañados no son sagrados (tratándose de bienes pertenecientes al tesoro sagrado, o al templo, no había obligación de indemnizar). Se debe pagar el daño causado a los bienes de los *bené berít*, hijos de la alianza, que aceptan las leyes del país⁹, si la cosa ha causado daño a un

9 "Se pensaba —dice RABINOWICZ— que los esclavos y los paganos extranjeros que no reconocían las leyes civiles de los judíos, debían inspirar menos confianza que los judíos que reconocían estas leyes. El que, por ejemplo, creía que la Ley judía condena injustamente al demandado por el daño causado por su buey, estará más dispuesto a deponer un falso testimonio para salvar al demandado de una condena que él creía injusta. También el célebre comentarista rabí Asher dice que para el buey de un pagano, que ha muerto al de un judío, el pagano no puede ser condenado a pagar más que sobre el testimonio de los *bené berít*, que viven bajo las

propietario conocido. Se debe obligar a pagar el daño en cualquier lugar que haya tenido lugar, con excepción de los daños demandados, por ejemplo, dice Raschi, si el buey del demandante ha entrado en lo del demandado, o ha sido herido por el buey del propietario del lugar, éste no está obligado de pagar el daño, porque él puede decir al demandante: Tu no habrías debido dejar entrar al buey a mi casa. Es lo mismo en un sitio común al demandado y al demandante. Se está entonces obligado a pagar el daño con la tierra de la primera clase (si el demandante no se satisface con el dinero o con el mobiliario).

5. — ESTIMACIÓN DE LOS DAÑOS. — ¿Cómo se estimaba el valor de los daños? El Talmud establece que se avalúa en dinero. Se paga con un terreno del valor del daño. La condenación al pago de las multas no puede hacerse sino por intermedio de los jueces diplomados, sabios que han recibido sus diplomas. Los testigos deben ser hombres libres y de los *bené berít*, hijos de la alianza, es decir, los que viven bajo nuestras leyes civiles¹⁰. No hay diferencias si los litigantes son hombres o mujeres. El demandante y el demandado participan a menudo los dos en el pago.

La *Guemará* explica el sentido de la *Mishná*: ¿Qué se entiende al decir que es necesario estimar el valor en dinero? Según rabí Judá, la Ley talmúdica quiere decir que si un vaca se ha enredado en un vestido que ha desgarrado, quebrándose una pata, es necesario que se estime el valor de cada uno de estos daños y si uno de ellos es más grande que el otro, se pagará la diferencia.

La *Mishná* dice que se paga por un terreno; esto se aplica al caso en que el demandado ha muerto, porque el demandante carece de facultad para apropiarse del mobiliario de la herencia.

leyes israelitas. Rabí dice que un judío puede deponer contra un judío en favor de un pagano delante de un tribunal pagano compuesto de jueces competentes; pero no debe hacerlo delante de un tribunal pagano compuesto de jueces incompetentes. Esto explica por qué a *Mishná* habla precisamente a propósito del daño causado por animales, y por qué designa a los judíos por un nombre que no se encuentra en otra parte en la *Mishná*. Es que los paganos no admitían pago por los daños causados por animales; es porque su testimonio es sospechoso en este caso y no en otros casos."

10 Se lee en el *Tratado Macót* una *beraitá* que dice: Si un judío infiere a un pagano o a un esclavo un agravio que entraña la pena de internación en las villas de refugio o la pena del fuego, será condenado a sufrir estas penas como si hubiera causado un daño a un israelita. Se lee en el *Tratado Guitin* que es necesario alimentar a los paganos pobres como a los judíos pobres. Este espíritu igualitario privaba en todas las situaciones de la vida de Israel, de modo que no debe sorprender el precepto de a *Mishná* cuando hace extensivo el derecho de indemnización por los daños causados hacia los paganos que se hacían prosélitos del judaísmo.

En otra *Mishná*, del mismo Tratado, se señala que hay cinco *tamín*, animales considerados como inofensivos: es decir, que hay cinco casos de daños en los cuales el animal haciéndolo por primera vez es considerado como inofensivo, porque no tiene el hábito de hacerlo y su propietario no paga más que la mitad del daño. Una *behamá*, animal doméstico, no es considerado como habituado naturalmente a herir (por maldad) con los cuernos o empujando con su cuerpo, o mordiendo para hacer mal, o acostándose sobre alguna cosa para dañarla, o apretando (por maldad) alguna cosa con sus patas. Hay cinco clases de *muadín* (plural de *mitad*), animales habituados o destinados a hacer daño; es decir, que hay cinco categorías de daños en los cuales el ser que los causa es considerado *muad*; ellos son:

- 1°) El diente del animal, cuando come lo que conviene a su naturaleza;
- 2°) La pata del animal, cuando quiebra alguna cosa caminando sin tener la intención de romperla con maldad;
- 3°) El buey que es un *muad*, habituado a hacer daño con los cuernos, por maldad o de las cuatro otras maneras, ya mencionadas, los que hechos por la primera vez hacen considerar al buey como *tam* (inofensivo);
- 4°) El buey que causa un daño por maldad con los cuernos o de las cuatro maneras antes mencionadas, por la primera vez en un lugar que pertenece al damnificado: porque si ha entrado en la casa del perjudicado, aunque haya sido un *tam* (inofensivo), su propietario debe pagar el daño íntegro, como si fuera un animal *mitad* (animal mal acostumbrado o destinado a hacer daño);
- 5°) El hombre que causa un daño, él mismo, debe siempre pagar el daño íntegro, como si fuese un *muad*.

La misma *Mishná* agrega que el lobo, el león, el oso, el tigre, el *bardeles* (animal feroz que se llamaba en árabe *altzaba*), y la serpiente son considerados como *muadín*, animales habituados a causar daño. Rabí Eleazar dice que ellos son domesticables y no son considerados *muadín* (cuando hacen el mal por primera vez); pero la serpiente es siempre un *muad*.

Explicando las características del daño ocasionado por un animal inofensivo que hace daño con maldad, por la primera vez y un animal habituado a hacer daño, la *Mishná* distingue: en el primer caso se paga solamente la mitad del daño y la indemnización procede del cuerpo mismo del animal culpable (el demandado da su animal en pago, u otra cosa que tiene un valor análogo, o me-

nor, si la mitad del daño no vale lo que el animal, pero nunca debe pagar nada de su peculio); en el segundo caso, se paga el daño íntegro, aun cuando exceda el valor del animal y si el demandado se libera con tierras, debe entregar las de la primera clase.

En el *Tratado Babá Canui*¹¹ la *Mishná* (fol. 17) efectúa una discriminación relacionada con los daños causados con las patas del animal. ¿En qué casos, se pregunta, debe el propietario pagar el daño íntegro, ocasionado con las patas del animal? Y responde: "Es cuando el animal rompe alguna cosa con las patas caminando naturalmente, sin maldad; pero si la pisotea con las patas por maldad, el caso se rige igual que el daño causado por los cuernos, y el propietario no paga más que la mitad del daño."

En otra *Mishná* encontramos legislado el caso de un animal inofensivo, cuyos dientes han provocado un daño por causa del hábito de buscarse los alimentos que convienen a su naturaleza. Pero si en vez de comer, como es natural, productos del campo y hierbas, el animal come cosas insólitas, por ejemplo, si roe un vestido, un objeto cualquiera que no es su alimento habitual, no se paga más que la mitad del daño, porque ésta es una acción insólita y entra en la categoría de los daños causados con los cuernos. Se paga el daño causado por los dientes del animal, si ha comido en los dominios del demandante, pero si ha comido en la calle, el propietario es absuelto. Todo depende —dice la *Mishná*— del lugar donde ha comido; así, cuando el animal come en un lugar público, el demandado no paga lo que vale el provecho que haya obtenido; si come al costado del lugar público, el demandado paga el valor del daño (Raschi opina que debe pagar solamente la mitad del daño, como en la categoría de los cuernos). Si ha comido a la puerta de un comercio, se paga el valor del daño.

6. — DAÑO CAUSADO CON LOS DIENTES. — Según la *Guemará*, una *beraitá* dispone que el diente del animal es un *mead*, habituado a comer lo que conviene al animal. Así, criando un animal entra en el patio del demandante, donde come lo que le conviene, o bebe lo que le conviene, el propietario del animal paga el daño íntegro; si un carnívoro entra en el patio del demandante y mata una bestia y la come, el demandado paga el daño íntegro. Si el animal entra en casa del demandante y come lo que no es de su hábito, pero que puede comer cuando está muy hambriento, por ejemplo, si una vaca come cebada, si un perro bebe aceite, etcétera, el propietario paga el daño íntegro.

¹¹ *Tratado Babá Camá*, Perek I.

El *Código de Hammurabí* contiene prescripciones análogas a la Biblia, en ésta materia, si bien establece una discriminación que la Ley hebrea no ha aceptado jamás: entre el hombre libre y el esclavo.

Respecto a los daños causados por animales, el nombrado Código dice:

250. Si un buey al pasar por la calle acorneare a hombre y de resultas muriere, este caso no será punible.

251. Si el buey tuviese el hábito de acornear y fuese advertido su dueño sobre su vicio de acornear, y él no le hubiese cortado los cuernos, ni asegurado, y ese buey acorneare al hijo de un hombre libre ocasionándole la muerte, pagará una media mina de plata.

252. Si fuere el caso del esclavo de un hombre, pagará un tercio de mina de plata.

"Las disposiciones del Código de la Alianza —afirma A. Rosenvasser— sobre el buey acorneador tienen una sorprendente semejanza con las del *Código de Hammurabí*, en cuanto ambos distinguen el caso del buey que acornea ocasionalmente del que es habitualmente acorneador. Sin embargo, la legislación hebrea tiene modalidades propias manifiestas. En primer término, su fuerte espíritu ceremonial: el buey será apedreado y no se comerá su carne, sea o no responsable el dueño. En segundo término, si el dueño fuere culpable la pena es la de muerte, salvo que los parientes del muerto le impusieren rescate y él lo aceptare. Es el único caso de composición por causa de muerte expresamente admitida por la ley... También son originales las reglas del *Éxodo*¹² sobre la responsabilidad del que abre un hoyo o cisterna por el buey o asno que cayese allí y sobre daño del buey acorneador al de su prójimo, reglas que evidentemente forman un todo orgánico con las anteriores sobre la muerte de las personas por el buey acorneador, pero para las que no hay paralelos en los otros códigos"¹³.

7. — DAÑO CAUSADO POR EL HOMBRE. — Refiriéndose al caso del hombre, dice la *Mishná*: "El hombre es siempre un *muad* (acostumbrado a hacer daño), que causa daño voluntaria o involuntariamente, despierto o dormido, es considerado como un *limad*, un ser que causa habitualmente daño, si no pone precaución. Si ha vuelto ciego a un individuo, aun haciéndolo involuntariamente, si ha roto alguna cosa, paga el daño íntegro"¹⁴. La *Guemará* aclara

12 *Éxodo*, capítulo XXL versículos 33-36.

13 A. ROSENVASSER: Obra citada, páginas 147 y 148.

14 *Tratado Babá Camá*, Perek II.

que en el caso el culpable paga el daño, pero no está obligado a las cuatro condenaciones que la ley imponía, en pago de la herida. Rabá dice: Si un individuo, encontrándose parado o acostado, tenía sobre él, sin saberlo, una piedra, que ha hecho caer al levantarse, y si esta piedra ha caído y causado un daño, está obligado a pagar el daño; si la piedra en su caída ha herido a alguno, paga el daño, pero no los otros cuatro pagos de la herida. Lo mismo ocurría, si él sabía que tenía la piedra sobre él, pero lo ha olvidado antes de levantarse. Si un individuo arroja una piedra a una pequeña distancia y si la piedra ha caído más lejos que lo que él quería, donde ha causado un daño, o herido a alguien, él paga el daño pero no los cuatro pagos de la herida.

El mismo comentarista plantea otras hipótesis. "Si un hombre ha arrojado de un techo un objeto y otro la ha quebrado con un bastón antes de que cayese al suelo, el otro es absuelto, porque el objeto no se habría quebrado sin su intervención, por efecto de la caída. Si un individuo ha arrojado del techo el objeto de otro, mientras que él tenía en el suelo una almohada blanda que habría podido amortiguar el golpe y salvar el objeto, pero antes que el objeto haya caído otro hubiere levantado la almohada, o él mismo la hubiere levantado, es absuelto, porque cuando arrojó el objeto, la almohada estaba ahí y levantándola no constituyó más que la causa indirecta del mal.

El mismo *Tratado de Babá Camá* regla con minuciosidad otros aspectos del daño en perjuicio de los terceros. En el Perek III, una *Mishná* expresa: "Si un individuo pone su cántaro o su tonel en la plaza pública y un transeúnte tropieza y lo rompe, éste es absuelto; si el transeúnte se ha lastimado al tropezar, el otro debe pagar el daño." La lógica de este pasaje es simple y no requiere explicaciones.

Veamos otro caso: si un cántaro conteniendo agua se rompe en la calle y un transeúnte resbala en el agua o contra los fragmentos del cántaro, el que lo ha colocado debe pagar el daño. Rabí Judá dice que debe pagar, si ha habido intención, si no es absuelto.

La *Guemará* registra una seria controversia entre los doctores: para unos, hay *acción directa* por parte de quien, imprudentemente, colocó en la calle el cántaro, motivo del accidente: en consecuencia debe pagar el daño; para otros, no hay más que una *acción indirecta*, es la tierra la que produjo la caída y siendo la *acción indirecta* la del individuo que produjo el derrame del líquido, colocando allí el cántaro, es absuelto.

Otra *Mishná* prescribe (fol. 30) que si un individuo vierte agua en un lugar accesible al público, la que causa daño a alguno,

debe pagar el daño. Si un individuo esconde en un lugar accesible al público espinas, vidrios, que causan daños, o si hace su seto de espinas, o si su seto se ha dado vuelta en un lugar accesible al público, causando con ello daño a los transeúntes, debe pagar estos daños.

Si un individuo —dice otra *Mishná*— ha puesto su rastrojo y su paja en un lugar que pertenece al público, para quemarlo y un transeúnte ha recibido un daño, debe pagar este daño; además, todo el mundo tiene el derecho de apropiarse de ello. Rabí Simón, hijo de Gamaliel, aclara el alcance de este pasaje, diciendo: Todos los que colocan objetos nocivos en un lugar accesible al público sufren éstas dos consecuencias: primeramente están obligados a pagar los daños que ocasionan y en seguida todo el mundo tiene el derecho de tomar posesión de estos objetos. Si un individuo encuentra basura en un lugar accesible al público, la desplaza, y un transeúnte recibe un daño, el individuo debe pagarlo.

Dos alfareros caminan el uno detrás del otro; el primero tropieza y cae, el segundo choca contra el primero; en este caso, el primero debe pagar los daños del segundo¹⁵.

La explicación está dada por rabí Iojanan. Según él, el que tropieza y resbala debe pagar los daños, como si lo hiciera voluntariamente, porque debía haber llamado la atención del segundo, antes que aquel se le aproximara demasiado.

La *Mishná* plantea otra situación: Un individuo camina por la calle con un cántaro y encuentra a otro que lleva una viga; el cántaro se quiebra chocando contra la viga; en este caso el que llevaba la viga no está obligado a pagar el daño del cántaro, porque tenía derecho de caminar por la calle, como el otro. Si el hombre de la viga camina el primero y el otro va detrás de él, y el cántaro se rompe, el hombre de la viga es absuelto (fol. 32). Si él se detiene, es condenado a pagar el daño; pero si después de detenerse, advierte al hombre del cántaro para que también se detenga, es absuelto. Si el hombre del cántaro camina el primero y el hombre de la viga camina detrás, y el cántaro se rompe chocando contra la viga, el daño debe ser pagado; si el hombre del cántaro se ha detenido, el otro es absuelto, pero si después de haberse detenido, el hombre del cántaro pide al otro que también se detenga, el otro debe pagar el daño.

Dos individuos están en la calle, el uno corre y el otro camina con paso ordinario, o bien corren ambos; si se causan daños el uno al otro, ambos son absueltos.

La *Guemará* interpreta el caso afirmando que si uno de los

15 *Mishná* del Tratado *Babá Camá*, Perek III.

individuos corre y el otro lleva su paso habitual, y se lastiman ambos, los dos son absueltos únicamente si el que viene corriendo lo hace el viernes por la tarde, en vísperas del sábado; de lo contrario, deberá pagar éste los daños del otro.

Aclarando el alcance de la disposición del *Éxodo*¹⁶, que expresa: *Y si el buey de alguno hiriere al buey de su prójimo, y éste muriese, entonces venderán al buey vivo, y partirán el dinero de él, y también partirán el muerto*, dice el Talmud¹⁷ que dicho pasaje se refiere a un buey de un valor de, por ejemplo, doscientos *zuzes* que ha muerto a otro buey de un valor igual y cuyo cadáver vale cincuenta *zuzes*; en este caso el demandante y el demandado se partirán por partes iguales el valor del buey vivo y el del muerto.

8. —DAÑO CAUSADO POR UN POZO DESCUBIERTO. — Por último —y para concluir esta referencia a los numerosos casos de daños que registra el Talmud— llegamos a los que son causados por un foso (pozo, hoyo).

El *Tratado Babá Camá*¹⁸ dice: Si un individuo cava un pozo en su dominio privado y la abertura del pozo se encuentra en el dominio público o bien cava en un dominio público y deja su abertura en el dominio privado de otro individuo, es condenado a pagar el daño de los hombres y de las cosas que caen en el pozo. Raschi dice aquí que se trata de un caso en el cual el propietario del dominio en el cual se encuentra la abertura del pozo, permite a todo el mundo caminar. Si el demandante no tiene el derecho de entrar en este dominio, ni de dejar sus objetos, el demandado puede decirle: ¿Qué haces tú en mi domicilio? El comentarista Asher dice que si la abertura del pozo se encuentra en el dominio privado de otro individuo, el que ha cavado el pozo, no paga más que por los daños sufridos por este individuo.

Interpretando lo preceptuado en el *Éxodo*¹⁹, que expresa : *Y si alguno abriese hoyo, o cavare cisterna, y no la cubriere, y cayere allí buey o asno... el dueño de la cisterna pagará el dinero, resarciendo a su dueño, y lo que fue muerto será suyo*, el Talmud aclara que el pago del daño corresponde si la cisterna (o el pozo) tiene una determinada profundidad en una medida bíblica; si no la tuviere es liberado el que ha cavado el hoyo; pero es condenado a pagar el daño si el animal se hiriere. Se trata de un pozo de tan escasa profundidad que ningún animal puede morir, por caerse

16 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 35.

17 *Tratado Babá Cama*, Perek III.

18 *Tratado Babá Camá*, Perek V.

19 *Éxodo*, capítulo XXII, versículos 33 y 34.

dentro; si se ha muerto por otras razones, el que ha cavado el pozo es absuelto.

9. — DAÑOS CAUSADOS POR EL FUEGO. — En las legislaciones orientales no se legisla expresamente sobre esta clase de daños. El *Código de Hammurabí*, que se considera uno de los más avanzados para la época —y el único que puede llamarse propiamente *código*— no contiene disposiciones a su respecto, si bien se hacían regir las situaciones creadas por afinidad con otros daños producidos por elementos desencadenados por el hombre. En la Ley hittita, en cambio, existen normas precisas: "Si alguno pusiese fuego a breñal y lo dejare y el fuego prendiere en viñedo y quemare viñedos o huerto de granados, manzanos o perales, por cada árbol dará seis siclos de plata y repondrá la plantación (105). — Si alguno pusiere fuego a su campo y lo dejare prender en sembrado de otro y pusiere en llamas el campo, el que prendió el fuego tomará para sí el campo quemado y dará un buen campo al dueño del otro (106)."

El doctor A. Rosenvasser, analizando las analogías que existen entre las normas de la Biblia y las de la Ley hittita, expresa: "Los casos de responsabilidad causados por el fuego que ha pasado de un campo al del vecino han sido tratados en forma similar por el legislador hebreo y el hittita, pero hay caracteres específicamente distintos que impiden se considere la existencia de una derivación.

" El Código de la Alianza —prosigue— contempla las siguientes situaciones: 1º) la de un fuego que, encendido para limpiar las malezas de un campo en vías de producción o un viñedo, prende y consume el campo o viñedo igual del vecino; 2º) la de un incendio en un campo sin propósitos de limpieza o desbroce que, por haber prendido un montón de espinas, pasa al campo del vecino y consume allí el trigo cosechado o en pie. La responsabilidad en la primera de las situaciones es evidentemente mayor y se fija en "lo mejor de la viña o del campo" del autor; en la segunda, sólo se debe pagar el daño del incendio.

"La Ley hittita parte de un supuesto inverso. El fuego que ha consumido el huerto del vecino ha partido de un breñal o montón de espinas; y el fuego que ha consumido el campo de cereal ha salido del campo sembrado del vecino."

La Biblia contempla el daño causado por incendio en dos pasajes del *Éxodo*. Según uno de ellos, *Cuando rompiere un fuego y hallare espinas, y fuere quemado montón, o haza, o campo, el que encendió el fuego pagará lo quemado*²⁰; la segunda prescripción

²⁰ *Éxodo*, capítulo XXII, versículos 6 y 5.

dice: *Si alguno hiciere pasar fuego por campo o viña, y el fuego se extendiere y pasare al campo de otro, de lo mejor de su tierra y de lo mejor de su viña, pagará.* El Talmud es más extenso y preciso al respecto.

Dice el *Tratado Babá Camá* ²¹ que si un individuo entrega el fuego al cuidado de un sordomudo, de un loco o de un menor, y el fuego causa un daño, él es absuelto por el tribunal de los hombres, pero será condenado por la justicia del cielo. Si lo pone al cuidado de un hombre que goza de sus facultades intelectuales, éste hombre es responsable y el que debe pagar el daño. Si un individuo transporta primeramente el fuego y otro viene en seguida a traer leña para encender, es el segundo el responsable; si es el primero quien acarreó la leña y el segundo el fuego, es todavía el segundo el responsable. Si es un tercer individuo quien ha encendido la leña, es éste el responsable, y no los dos primeros; si es un viento extraordinario, quien ha encendido la leña, los dos individuos son absueltos.

La *Guemará* interpreta la última parte del pasaje, diciendo: Si es un viento extraordinario que la ha encendido, los dos individuos son absueltos. Se lee en una *beraitá*, agrega la misma *Mishná*: *Si el fuego ha sido elevado por un individuo y por un viento extraordinario y su acción ha podido ser suficiente sin la intervención del viento, es condenado a pagar el daño; pero si su acción ha sido insuficiente para encender el fuego sin intervención del viento, es absuelto.*

Interpretando el precepto contenido en el *Éxodo* ²², que dice: *Cuando rompiere un fuego, y hallare espinas y fuere quemado montón, o haza, o campo, el que encendió el fuego pagará lo quemado,* dice la *Mishná*: Si un individuo enciende un fuego que quema la leña o daña las piedras o la tierra, debe pagar.

En el mismo Tratado del Talmud hallamos otros preceptos relacionados con los daños causados por el fuego. Evidentemente el exégeta ha pretendido abarcar todas las posibilidades en que la persona humana o su propiedad resulta víctima del voraz elemento. Nos satisfaremos con reproducir algunas de las reglas que trae el *Babá Camá*. Dice la *Mishná*: Si un individuo enciende un fuego en su casa, y el fuego pasa al dominio de otro y causa un daño,

¿Qué espacio, o sobre qué obstáculos debe atravesar, para que el individuo no sea responsable de este estrago? Algunos doctores afirman que el fuego debe atravesar la mitad del espacio que es necesario para obtener una determinada medida de trigo; en caso de

²¹ *Tratado Babá Camá*, Perek VI.

²² *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 6.

que el fuego hubiere llegado hasta dicha distancia, el responsable es absuelto. Otros doctores opinan, que la distancia debe ser mayor o menor; rabí Simón dice que no es posible establecer reglas generales; todo depende de la naturaleza del incendio y de las circunstancias. La *Mishná* abunda en ejemplos. Veamos: si una chispa salta de la fragua y causa daños, el herrero es responsable y debe pagar. Si un camello cargado de estopa pasa por la calle y la estopa penetra en un comercio, se incendia al contacto de la candela del comerciante y destruye la casa, el propietario debe pagar el daño. Si el comerciante ha colocado su candela fuera del negocio, es el comerciante quien paga el daño.

Como se advierte, las conclusiones de la Ley talmúdica son análogas a las del moderno Derecho relacionadas con la responsabilidad por culpa o imprudencia. El principio universal de que es responsable y debe indemnizar el daño, aquel que lo ha producido, por su acción o inacción, como por su negligencia, abona todas las doctrinas y códigos de nuestros días. Y esta responsabilidad que se denomina *directa* se hace extensiva a los objetos o bienes a cuyo cuidado se encuentra el responsable del daño; o de las personas que se hallan a su servicio. Tenemos aquí la responsabilidad refleja o *indirecta*.

Es evidente que las normas del Derecho hebraico se propagaron a través de los países contemporáneos y del Derecho romano fueron a inspirar la mayoría, sino todos los códigos de la tierra.

10. — DAÑOS CAUSADOS POR SALTEAMIENTO Y ROBO. — Cuando nos referimos a las leyes criminales en la legislación hebrea, dijimos que los delitos contra la propiedad no eran reprimidos sino con penas pecuniarias, nunca con castigos corporales, cualquiera fuera el valor de lo robado, ni las circunstancias; a menos que el robo se hubiera consumado con violencia en las personas, en cuyo caso podía llegar a ser castigado con la última pena. Esto ocurría así en la Lev bíblica.

La Lev talmúdica no introdujo grandes transformaciones en materia de delitos contra la propiedad. El concepto de la indemnización, como pena impuesta a los autores de robo, hurto, subsiste a través de los tiempos, si bien se va utilizando el concepto y la discriminación por obra y gracia de los doctores talmúdicos.

"Las leyes sobre el robo, el salteamiento y las heridas, constituyen en las legislaciones modernas —dice Rabinowicz²³— una

23 I.-M. RABINOWICZ: *Introducción a los principios generales del Tratado Babá Camá*.

parte importante del Código penal; pero si se quiere dar este nombre a la parte de nuestro Tratado que concierne a estas leyes, es necesario convenir que el Código penal talmúdico, se caracteriza por la ausencia casi completa de toda pena." En efecto, tanto en la Biblia como en el Talmud, la violación de los derechos de propiedad se ajusta al concepto general que entonces existiera acerca de las garantías de la propiedad. Ya hemos dicho que para el Derecho hebreo la propiedad —y la posesión— no eran sino temporarias, efímeras, exentas del absolutismo y el rigor del Derecho romano²⁴ El derecho de propiedad era un derecho que caducaba de tiempo en tiempo, y el dominio de los bienes se retrotraía a sus anteriores poseedores.

De este modo se explica que la ley fuera débil y extraordinariamente blanda con el amigo de lo ajeno, con el salteador, aunque fuere el salteador de caminos²⁵.

24 Y no solamente en Roma la propiedad tenía un carácter de absolutismo que nos resulta sencillamente increíble; Grecia alimentaba análogos principios. Desde luego, además de los hebreos, otros pueblos de la antigüedad tampoco le asignaban caracteres de perpetuidad y exclusivismo a la propiedad privada. "No es, en efecto, problema fácil, en el origen de las sociedades —afirma FUSTEL DE COULANGE— el saber si puede el individuo apropiarse del suelo y establecer tan recio lazo entre su ser y una parte de la tierra, que puede decir: *Esta tierra es mía; ésta tierra es como una parte de mí*. Los tártaros conciben el derecho de propiedad cuando se trata de los rebaños, y no lo comprenden cuando se trata del suelo. Entre los antiguos germanos, según ciertos autores, la tierra no pertenecía a nadie; la tribu asignaba todos los años a cada uno de sus miembros un lote para cultivar y cambaba el lote al siguiente año. El germano era propietario de la cosecha, pero no de a tierra. Todavía ocurre lo mismo en una parte de la raza semítica y entre algunos pueblos esclavos... Parece ser que entre los griegos la concepción del derecho de propiedad ha seguido una marcha completamente opuesta a la que parece natural. No se ha aplicado a la cosecha primero, y al suelo después. Se ha seguido el orden inverso... Tres cosas hay que, desde la más remota edad, se encuentran fundadas y sólidamente establecidas en estas sociedades griegas e italianas: la religión doméstica, la familia, el derecho de propiedad; tres cosas que, en su origen, han tenido una relación manifiesta y que parecen haber sido inseparables."—FUSTEL DE COULANGE: *La Ciudad Antigua*, páginas 90 y 91.

25 "En materia de hurto la similitud que puede descubrirse entre las reglas de los diversos códigos está lejos de demostrar una derivación del *Código de la Alianza* de las otras leyes. Si por una parte la imposición de una pena pecuniaria privada en materia de hurto de ganado es característica de las legislaciones primitivas, por la otra hay que reconocer que la Ley hebrea resuelve los casos con criterio propio en correspondencia innegable con el estadio de su sistema social y económico... El *Código de Hammurabí* establece sanciones distintas, según el hurto fuese de ganado del Palacio o de un particular. En caso de imposibilidad de pagar la pena, el ladrón ha de sufrir la muerte. No hace distinción entre bueyes y ovejas para graduar la pena." —A. ROSENVASSER: Obra citada, página 148.

Este último delincuente, que operaba arrebatando por la violencia la propiedad de su prójimo, gozaba de garantías que nos resultan inauditas frente a los mismos transgresores de las leyes en los códigos antiguos y modernos. Desde luego, no hallamos en la Ley mosaica pena alguna de carácter específico para el salteador; a no ser la muy débil sanción que consiste en obligar al infractor a restituir lo robado a su legítimo dueño. Ninguna otra condena estatuye el legislador bíblico para este espécimen del gremio de enemigos de la propiedad.

"Parece —dice Rabinowicz— que la Ley mosaica ha visto en la obligación impuesta del salteador de restituir lo que ha tomado una represión suficiente y una advertencia capaz de hacer reflexionar a éste desdichado y de impedirle de volver a realizar tantos esfuerzos para arrebatarse a los otros sus bienes, esfuerzos que se tornarían inútiles por la justicia. Es necesario convenir, que, si por una parte, la ausencia completa de pena concerniente al salteamiento, denota tal vez un estado primitivo de la legislación, la infancia del arte, ... la infancia de la legislación judía es, por el contrario, una infancia amable, encantadora, que no piensa sino en dulcificar las penas morales de los desgraciados pecadores y en facilitarles los medios de retornar al buen camino, que, segura de sí misma, no creía del todo que este pobre salteador, de ordinario más desgraciado que culpable, pudiese amenazar o turbar a la sociedad judía, basada sobre el fundamento indestructible de la moral eterna de Moisés, infancia que no conoció la venganza, que en todas las ramas del Código mosaico, criminal, correccional, civil, etcétera, no busca más que introducir atenuantes, esta infancia de la legislación, en fin, que en la parte del Código de que nos ocupamos, no tiene más que una preocupación, de atenuar la posición del pobre culpable y de protegerle contra los rigores de la ley..."

Esta concepción social, de que el delincuente sólo es un producto de la desigualdad imperante, que obliga al necesitado a apropiarse del bien ajeno para satisfacer una imperiosa exigencia de la vida, y que en todo caso constituye un ludibrio para la comunidad en cuyo seno radican estas desigualdades e injusticias, explica suficientemente la lenidad del castigo impuesto al salteador y al ladrón; lenidad que nace y se origina en la legislación de Moisés y se hace más amplia, si es posible, en la Ley talmúdica.

El principio general contenido en la Biblia se traduce en estos términos: la obligación legal impuesta al ladrón o al salteador, de devolver al propietario lo que le ha tomado injustamente. Todo cuanto el Talmud ha edificado sobre tal base tiene una sola dirección: la de atenuar la posición del desdichado trasgresor, con la

mira de retornarle al buen camino que en un momento de premura o debilidad ha abandonado. Si comparamos las normas del Derecho hebreo con las draconianas de otras legislaciones de aquella época, y aun modernas, necesariamente llegaremos a la conclusión de que las otras leyes en vez de buscar la causa, el origen del mal y de facilitar el camino de la regeneración, se inspiran invariablemente en el propósito de rodear del máximo de garantías a un derecho de la propiedad absoluto, total, sin ninguna preocupación por aquellos a quienes la vida ha despojado de todo bien material...

En la parte de ésta obra dedicada a las leves criminales, hemos reproducido algunas citas talmúdicas relacionadas con los delitos de robo, hurto. Nos limitaremos aquí a traer algunos pasajes vinculados con los daños provenientes de estos delitos.

La Ley mosaica pretendía que el salteador devolviera el objeto, él mismo, en las condiciones en que se hallaba. Una *Mishná* dice que si un individuo ha empleado en su edificio una viga arrebatada a otro, no se le obliga a demoler la casa para devolver la viga, sino que debe pagar su valor; es un favor que se acordaba a los salteadores, para estimular los arrepentimientos. La Ley talmúdica no obliga al salteador a pagar los daños-intereses; por ejemplo, si se ha apropiado de un buey, de quien el propietario tenía necesidad para el trabajo, el salteador devolverá el buey, pero no indemnizará al propietario del daño que le ha ocasionado, privándole de su permanencia en la tenencia del ladrón, el propietario debe restituir a éste último los gastos y cuidados que prestó al buey para el engorde.

Una *Mishná* ²⁶ dispone que si un salteador arrebató a una persona un objeto del valor de una *perutá* (pequeña fracción de moneda), después presta falso juramento de que no la adeuda nada, en fin, incurre en el pecado de que su juramento es falso; en este caso está obligado de ir a llevarle el dinero a la persona, aun cuando para hacerlo debiera hacer un largo viaje; de otro modo —apunta Rashi— no obtendrá el perdón por su fechoría. No la entregará al hijo de la persona, ni a su enviado, pero puede darla al delegado del tribunal (es —dice Raschi— una ley de favor. Ley rabínica para estimular los arrepentimientos, que dispensa al salteador de hacer un viaje, y le permite devolver el dinero al tribunal de su lugar).

Si la persona a quien le ha arrebatado el objeto —dice la *Mishná*— ha muerto, él lo devolverá a los herederos. Se acaba de decir que el salteador debe hacer un viaje para devolver a la per-

²⁶ *Tratado Baba Camá*, Perek TX.

sona misma el capital y al mismo tiempo la quinta parte del capital, que debe agregar por el falso juramento prestado. Si el salteador ha pagado el capital, pero aun no ha pagado la quinta parte, o bien si el propietario ha renunciado al capital, pero no ha renunciado a la quinta parte, o bien si el propietario ha renunciado al capital y a la quinta parte, a excepción de una parte del capital, parte que vale menos de una *perutá*, el salteador no está obligado a hacer el viaje para devolver al propietario, lo que aun le debe. Si el salteador ha pagado la quinta parte, pero si no ha pagado aun el capital, o bien si el propietario ha renunciado a la quinta parte, pero no ha renunciado al capital, o bien todavía, si el propietario ha renunciado al capital y a la quinta parte, a excepción de una parte del capital, parte que tiene el valor de una *perutá*, el salteador está obligado a hacer el viaje para devolver al propietario lo que le debe todavía. Si el salteador que debería pagar el capital y agregar la quinta parte por el falso juramento prestado, paga el capital y presta de nuevo un falso juramento de que ha pagado la quinta parte, y que en fin ha confesado que el segundo juramento era igualmente falso, se considera esta quinta parte como un capital y debe pagarlo agregando el quinto de esta quinta parte ; por ejemplo, si el primer capital era de dieciséis *zuzes* y el primer quinto de cuatro *zuzes*, estos cuatro *zuzes* son considerados como un capital y él agregará todavía un *zuze*. (Evidentemente se incurre en un error aritmético: en vez de la quinta parte sobre diez y seis, se trata de una cuarta parte.) Si el salteador paga los cuatro *zuzes* y presta un tercer juramento falso de que ha pagado el *zuze*, el *zuze* es considerado como un capital y el salteador está obligado a pagar el *zuze* y agregar la quinta parte de un *zuze*; y así sucesivamente hasta que la quinta parte, que se debería considerar como un capital, desciende a un valor menor que una *perutá*.

Otra *Mishná* ²⁷ dice que si un individuo se ha apropiado de cualquier objeto, el que ha donado antes de morir a sus hijos para que lo consuman, o se los ha dejado intacto, los hijos no son condenados al pago. Si el objeto no es de los que están destinados a ser consumidos, sino que constituye un capital durable, como un inmueble, los hijos son condenados al pago.

La *Guemará* interpreta estas reglas del siguiente modo: Algunos doctores sostienen que se está en presencia de otras tantas de las leves de favor instituidas por el Talmud y tendientes a estimular el arrepentimiento. Se trata del caso en que los hijos han consumido el objeto apropiado por su antecesor, después que el propietario ha renunciado al mismo. Pero otros doctores sos-

27 *Tratado Baba Camá*, Perek X, fol. 111.

tienen que la conclusión de la *Mishná* no es exacta, pues, conforme a los principios generales, sea que el propietario haya renunciado o no, los herederos deben el valor del objeto si éste ha sido consumido. En cuanto a los bienes inmuebles, la solución es clara: los hijos deben restituirlos y si los han vendido, adeudan a su legítimo propietario la totalidad del precio obtenido.

Otra *Mishná* establece: Un individuo se ha apropiado por la fuerza de un terreno perteneciente a una persona; otros se lo han arrebatado al salteador. Si son hombres que lo han tomado como invasores del país, el salteador puede decir al propietario: "Toma tu terreno, si puedes". Pero si estos hombres lo han arrebatado con propósito de robo, el salteador está obligado a dar al propietario otro terreno.

La *Guemará* extrae esta conclusión de la *Mishná* que, si un individuo, viendo que los enemigos buscan terrenos para apoderarse de ellos, les muestra uno del cual se apropian, debe pagar como si se lo hubiera apropiado él mismo. Se puede también admitir que la *Mishná* quiere enseñarnos que, si los paganos obligan a un individuo a mostrarle sus terrenos de los que quieren apoderarse y éste le muestra el de otro, éste individuo está obligado a pagar el valor de dicho terreno²⁸.

Una *Mishná* del mismo Talmud establece: "Si un individuo ha arrebatado a otro un terreno y éste terreno ha sido inundado inmediatamente por un río, el salteador es absuelto, porque puede decir al propietario: "recobra tu terreno".

La *Guemará* señala, al respecto, que según una *beraitá*, la opinión de rabí Eleazar es que el salteador debe entregar otro terreno en su reemplazo; los otros doctores dicen que puede responder al propietario según los términos de la *Mishná*.

Para concluir lo relacionado con el salteador, digamos que una Ley talmúdica admite una especie de prescripción en su favor. Si el salteamiento ha tenido ejecución de tal modo elegido, que el propietario ya ha renunciado al objeto apropiado, o si el objeto ha sido modificado de tal manera que no podrá jamás recobrar su estado primitivo y el propietario viene a reclamar del salteador su objeto, éste no está obligado, según algunos doctores, de devolver el mismo objeto, pero sí el valor que el objeto tenía en el momento de apoderarse de él, y guardará el objeto como una propiedad adquirida. Esta prescripción no depende del tiempo transcurrido después del momento del apoderamiento, sino ha sido establecida por el cambio permanente que el objeto ha experimentado.

28 I.-M. RABINOWICZ: Babá Camá, página 491.

La condición del ladrón no era más rigurosa que la del salteador. La Ley bíblica establece que el ladrón pagará el doble de lo que ha robado; si ha robado un buey, y lo ha muerto o vendido, pagará el *doble* o el triple²⁹. La Ley talmúdica fue menos severa aún: llegó a eximir de toda compensación el robo de las cosas sagradas y de las cosas consagradas al culto. Se consideraba más importante —y digno de cuidado— el objeto de propiedad privada, que el de los templos.

La Ley procesal creada por los doctores rabínicos hizo muy difícil sino improbable el castigo del robo, cuando el delito se basaba en la confesión del propio autor: era preciso que dos testigos lo corroborasen. Posteriormente estableció que la confesión espontánea del ladrón, por la cual se obliga a devolver el objeto robado, lo libera de la multa.

El delito previsto en el *Éxodo*, respecto del ladrón que ha muerto o vendido al animal robado, fue de tal modo atenuada por los doctores rabínicos, que resultó sencillamente no punible en la práctica.

A los mandamientos sobre el robo, que hemos consignado al tratar de ésta figura delictuosa en la parte dedicada a las leyes criminales, agregaremos algunos pasajes talmúdicos. Referente a la prueba del robo, encontramos una *Mishná*³⁰, que dice: Si hay dos testigos que afirman que un individuo ha robado un cordero o un buey, y los mismos testigos u otros deponen que ha matado el animal o lo ha vendido, el ladrón paga la multa del cuádruple o del quíntuplo. Si el ladrón lo ha vendido el sábado (día en que estaban prohibidas las transacciones) o bien, lo ha vendido para el culto pagano, o si ha muerto al animal el día de *Kipur* (Fiesta del Perdón, la más solemne del calendario hebreo), o si ha robado el animal a su padre o si lo ha muerto o vendido antes de la muerte del padre, o si ha robado y muerto al animal y lo ofreció en seguida al tesoro sagrado, en ambos casos está obligado a pagar el cuádruple o el quíntuplo. Si ha robado el animal y lo ha muerto para un uso médico o para entregarlo a los perros, o bien si ha muerto al animal y el animal resulto ser *tréfá* (cuya carne se halla prohibida: se trata de animales afectados de enfermedades seguras y rápidamente mortales), o bien si el ladrón ha matado el animal robado en el templo (lo cual se hallaba prohibido), en estos casos el ladrón paga la multa del cuádruple o quíntuplo.

Otra *Mishná* del mismo Tratado dispone: Si dos testigos han depuesto que un individuo ha robado un cordero o un buey los ha

29 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 1.

30 *Tratado Babá Camá*, Perek VII.

muerto o vendido y los testigos han sido desmentidos por un *alibí* (coartada), deben pagar éstos todo lo que han querido hacer pagar al individuo acusándolo falsamente. Si dos testigos han depuesto que un individuo ha robado un cordero o un buey y si otros dos testigos han depuesto que el mismo individuo ha muerto o vendido éste animal, y todos los testigos han sido desmentidos por un *alibí*, los primeros testigos pagan el doble y los últimos el triple. Si los últimos testigos han sido desmentidos por un *alibí*, y no los primeros, el acusado paga el doble y los últimos testigos pagan el triple. Si uno solo de los últimos testigos es desmentido por un *alibí*, el último testimonio es anulado (pero el primero permanece válido). Si uno solo de los primeros testigos es desmentido por un *alibí*, los dos testimonios son anulados, porque si el acusado no ha robado, no hay multa por haber vendido o muerto un animal que no proviene de robo³¹.

Una *Mishná* del mismo Tratado talmúdico dispone que si hay dos testigos de que un individuo ha robado un cordero o un buey y no hay más que uno que testimonia la acción de haber vendido o muerto el animal, el paga la multa del doble por el robo, pero no paga la segunda multa por haber vendido o muerto el animal; en consecuencia, no está obligado a pagar cuatro corderos o cinco bueyes. Si ha robado y muerto el animal el día sábado, o bien si lo ha muerto como sacrificio en aras de una divinidad pagana, paga la multa del doble por el robo, pero no paga la segunda multa por haber muerto el animal, porque esta acción entraña para él la pena de muerte, y se admite el principio *non bis in idem*. Si ha robado a su padre y si su padre ha muerto inmediatamente y ha vendido el animal después de la muerte del padre, el ladrón paga la multa del doble, pero no paga la segunda multa. Según el comentario de la *Guemará*, la Ley talmúdica establece que si la acción de haber vendido o muerto el animal no es conocida sino por confesión del propio ladrón, se halla liberado de la segunda multa, la

31 Conforme a las reglas procesales del Derecho hebreo, si un testimonio es contradicho por dos testigos, el testimonio es nulo, pero los que lo han producido no son castigados como falsos testigos, porque existe la duda en saber quiénes son los que han dicho la verdad y quiénes han faltado a ella. Si el testimonio es desmentido por un *alibi* (coartada), el testimonio es nulo, y los que lo han producido son condenados como falsos testigos a soportar la pena que ellos hubieran querido infligir al acusado. Los testigos desmentidos por un *alibi*, no son castigados por sus falsos testimonios en los casos siguientes: a) Si el acusado no ha sido condenado(aún); b) Si el testimonio era anulado por una causa cualquiera antes de ser desmentido; porque entonces el acusado no podía ser condenado, o si estaba condenado antes que el testimonio fue anulado, la condena se volvería nula y no sobrevendría.

que castigaba la venta o muerte de un animal robado, porque no es condenado a pagar una multa de resultas de su propia confesión. Si después que el ladrón ha hecho esta confesión, aparecen testigos que corroboran el hecho que ha confesado, paga la multa.

Los romanos del tiempo de Justiniano distinguían —según hemos visto oportunamente— dos especies de robo: *manifiesto* y *no manifiesto*, considerándose manifiesto al que los griegos llaman en flagrante delito, y era extensivo no sólo al que había sido aprehendido en el hecho, sino también al que lo era en el paraje del robo; o en el caso en que el ladrón era sorprendido mientras llevaba encima el producto del delito, antes de ocultarlo. En el último caso, cuando ya se había desprendido del objeto apropiado se decía que el robo era *no manifiesto*. La pena del robo *manifiesto*, fue, de acuerdo con la Instituta de Justiniano, del cuádruplo, fuere libre o esclavo el autor; la del robo *no manifiesto*, era sólo del duplo.

La Ley romana admitía una serie de sutilezas ignoradas por el Derecho de los pueblos del Oriente. Por ejemplo, el que tomaba una cosa en préstamo y la utilizaba para un uso distinto de aquél para el que fue facilitado por el dueño, incurría en robo si lo hacía sabiendo que el propietario no lo consentiría; si conocía la intención del propietario en el sentido de que no le molestaba el uso diverso asignado a la cosa prestada, no incurría en delito. Según otra regla de Justiniano, si el que toma a préstamo cree usar de la cosa contra la voluntad del propietario, mientras que el propietario no se oponía íntimamente a ello, no había robo...

11. – DAÑOS CAUSADOS POR LESIONES. — En la parte dedicada a las leyes criminales hemos efectuado un análisis de las prescripciones bíblicas y talmúdicas referentes a los daños causados en el organismo humano a consecuencia de heridas o golpes recibidos. Este delito ha sido castigado en la legislación bíblica con la tristemente famosa *pena del Talión: ojo por ojo, diente por diente...* Pero, según hemos explicado en el lugar precitado, la pena del Talión no se aplicó literalmente, constituyendo más bien una norma en el sentido de buscar el equivalente económico del daño, ya que el hecho de infligir otro al culpable, no resolvía el problema de la justicia y la analogía entre el perjuicio y la punición.

Pero fue la Ley talmúdica la que había de sustituir, de un modo que no deja lugar a dudas, la discutible legislación taliónica, por un sistema compensatorio: la condenación económica del culpable de un daño. Sin apartarse de la Ley mosaica, los doctores instituyeron todo un régimen de penalidades con base económica.

A los elementos indemnizables que prescribe la Biblia³², esto es, el tratamiento o la asistencia médica, hacia el herido (por cuenta del imputado) y la pérdida del trabajo, el Talmud agregó otros elementos: el dolor causado y la afrenta moral experimentada por la víctima. No solamente en el caso en que se trataba de un israelita, sino aun de un esclavo, ya sea israelita o pagano.

De este modo, la Ley talmúdica instituyó cinco tipos de indemnizaciones por las heridas sufridas : 1° *Nezek*, daño propiamente dicho; 2° *Tzaar*, el dolor sufrido; 3° *Shevet*, el impedimento del trabajo durante la enfermedad; 4° *Ripui*, expensas médicas, y, 5° *Boshét*, la afrenta recibida.

Los doctores rabínicos explican la evolución señalada de las penas para las heridas y lesiones, que la Biblia castiga con la *pena del Talión* y el Talmud mediante un régimen de compensaciones. Expresa la *Guemará* al respecto: La Ley mosaica dice: ojo por ojo; diente por diente; ¿Cómo se ha conmutado la pena, en la de pago? Y la respuesta es la siguiente: Está escrito: Y *no tomaréis precio por la vida del homicida*³³; de allí resulta que se puede hacer pagar las lesiones. Otro exégeta, Abayé, explica de distinta manera la sustitución *ojo por ojo*: que haciendo estallar el ojo del culpable, se puede ocasionar su muerte, y la pena sería entonces más fuerte que el crimen.

Efectuando una enumeración de los diversos casos de lesiones inferidas y de las penas aplicables, dice la *Mishná*³⁴ Se ha visto que si un individuo hiere a otro puede ser condenado a cinco indemnizaciones. Los daños causados a alguno por un hombre, son, en efecto, más graves que los causados por su buey, puesto que por una herida hecha por el hombre mismo, está condenado a cinco indemnizaciones o pagos: *nezek*, *tzaar*, *ripui*, *shevét*, *boshét*, y si la herida es inferida por el hombre a una mujer grávida que ha abortado, se le condena a pagar el valor del feto, mientras que por las heridas causadas por un buey, no se paga más que el *nezek* (daño propiamente dicho), y si el buey ha causado un aborto, no se paga por el feto. Si un individuo —prosigue la *Mishná*— ha golpeado a su padre o a su madre, sin causarles una *haburá* (pérdida de sangre, o hinchazón, o mutilación incurable), puede ser condenado a las cinco indemnizaciones o pagos (si les ha causado una *haburá*, es condenado a muerte; por consiguiente no podrá ser condenado a indemnización a causa del principio *non bis in idem*). Lo mismo, si un individuo hace una *haburá* a otro, el día del *Kipur*

32 Éxodo, capítulo XXI, versículo 19.

33 Números, capítulo XXXV, versículo 31.

34 *Tratado Babá Camá*, fol. 87.

(Día del Perdón), es condenado a los cinco pagos, como si lo hace en un día hábil, pero no es condenado a muerte. Si un individuo ha hecho una *haburá* a un esclavo judío (quien no es sino un esclavo temporario, hasta el séptimo año), es condenado a los cinco pagos, sólo si la víctima es su propio esclavo, no paga el *shevét* (por el tiempo que no trabaja) ya que es en su propio perjuicio. Si un individuo ha herido a un esclavo pagano, es condenado a los cinco pagos; rabí Judá sostiene que en este caso solamente corresponde pagar cuatro indemnizaciones, exceptuando la afrenta. El sordomudo, el loco y el menor, son gentes con las cuales no es conveniente tener querrela; si son lesionados debe pagarse; si ellos hieren, son absueltos. Si un hombre lesiona a su padre o madre, en el día sábado, haciéndoles una *haburá*, no paga nada, pues es condenado a muerte. Si un individuo hiere a su esclavo pagano, no es condenado al pago de ninguna indemnización.

Algunos doctores afirman que, en el último caso, el amo está obligado a dar a su esclavo los recursos para la curación. Por regla talmúdica, si el amo hace perder a su esclavo un ojo, un diente o un órgano, el esclavo se torna libre.

12. — OTROS DAÑOS INDEMNIZABLES. — El *Tratado Babá Camá*³⁵ consigna otras clases de daños que deben ser indemnizados por el responsable. Veamos: si un individuo entrega un objeto a un obrero para que lo componga, y éste lo echa a perder, debe pagar el daño. Si entrega una caja o un cofre al carpintero para componerlo y éste lo echa a perder, debe pagar el daño. Si un arquitecto derriba el muro y si quiebra las piedras, o si las daña, debe pagar. Si el arquitecto derriba el muro en un sitio, y las piedras caen y se quiebran en otro lugar, es absuelto; pero si la caída se ha producido como consecuencia de su acción de golpear el muro, debe pagar el daño.

Otra *Mishná* establece que si un individuo ha entregado lana a un tintorero para teñirla y la lana fue quemada en el caldero, el obrero debe pagar el valor de la lana. Si la lana fue teñida, pero si el obrero ha empleado malos colorantes, como ha echado a perder voluntariamente la obra, no debe percibir nada; se le reembolsará solamente los gastos que haya efectuado, sin hacer perder nada al propietario de la lana. Si un individuo entrega a un tintorero su lana para ser teñida en rojo, y éste la tiñe en negro, o bien el individuo pretende el color negro y el obrero la tiñe de rojo, según algunos doctores el obrero debe pagar al pro-

³⁵ *Tratado Baba Camá*, Perek IX.

pietario el valor de la lana; según otros, el obrero no gana nada por su trabajo, pero debe ser reembolsado de los gastos que haya hecho, sin pérdida alguna para el propietario de la lana.

13. — EL DAÑO EN EL DERECHO ROMANO. — La misma evolución que experimentarían las penas para los enemigos de la propiedad, en Israel, sufrió en Roma. La Ley de las XII Tablas castigó con la pena de muerte el hurto, que reunía ciertas características: llamado *hurto manifiesto*, es decir, cuando el ladrón era encontrado *in fraganti*. Igualmente se aplicaba tan grave sanción al ladrón que era sorprendido en la noche, y aun de día, si trataba de defenderse con armas. No tratándose del *hurto manifiesto*, la sanción consistió en una condena pecuniaria del duplo, análogamente a la legislación hebrea. Con la evolución de las costumbres, incluso el *hurto manifiesto* fue conmutado por una condena pecuniaria. En una fecha incierta el pretor instituyó una multa del cuádruple, y a partir de entonces, la *accion furti*, que sanciona la obligación de pagar una multa, se hizo del duplo, para el *hurto no manifiesto*, y del cuádruple, cuando el robo es *manifiesto*.

"La cantidad que debe ser duplicada o cuadruplicada, para formar el importe de la condena, representa el interés que tenía el demandante en no ser robado³⁶. Este interés no puede ser inferior a la estimación del objeto robado, en el momento del hurto. Pero puede ser superior, pues al valor intrínseco de la cosa se unen a menudo a otros elementos, así cuando es un esclavo instituido heredero, quien ha hurtado, hay que tener en cuenta el valor de la sucesión. Por otra parte, si la cosa hurtada adquiere una plusvalía, hay que estimar el interés del demandante según el valor más alto que haya alcanzado después del robo."³⁷

El Derecho romano reconocía otra clase de daños, además del proveniente del hurto. Cuando una persona causa sin derecho un daño a otro, en su propiedad, surge una obligación de repararlo a cargo del culpable. Si bien la Ley de las XII Tablas se refería a

36 ULPiano: L. XXVII, pr., D., de *furt.*, XLVII, 2.

37 E. PETIT: Obra citada, página 455.

La Ley justiniana aclara el concepto del mayor *valor que la cosa ha tenido en el año*, diciendo que estas palabras significan que si se ha muerto a un esclavo de alguien, que se encontraba cojo o ciego en el momento de ser ultimado, pero que había tenido en aquel año a integridad de sus miembros y merecido un precio considerable, estará forzado el matador a abonar, no su valor actual, sino el más elevado que alcanzó en ese año.

En consecuencia —acara la misma ley— no sólo se estaba obligado al resarcimiento del daño causado, sino a mucho más, ya que a la mera indemnización por la muerte causada se sumaba al perjuicio material ocasionado por la pérdida.

ciertos hechos de daño ilícito, fue recién con la *Aquilia* que se fundamentó el sistema de una manera completa y dió lugar a una de las más perfectas instituciones del Derecho. La ley *Aquilia* preveía varias clases de delitos que dan lugar a indemnizaciones: 1º) El que ha matado al esclavo ajeno, o un animal vivo en rebaño, perteneciente a otro, debe pagar el valor más elevado que haya alcanzado el esclavo o el animal, durante el año anterior al delito; 2º) Se refiere a cualquier clase de daño causado a una persona por lesión o destrucción de un bien suyo. El que ha causado una herida, no mortal a un esclavo, o a un animal vivo en rebaño, o que ha matado o herido cualquier otro animal, o que ha roto, quemado, destruido o dañado de cualquier manera una cosa inanimada, está obligado a pagar el precio más elevado que el esclavo, el animal o la cosa, ha^{ya} tenido en los últimos treinta días anteriores al delito.

CAPÍTULO XXIV

DE LAS SUCESIONES

SUMARIO: 1. *Nociones generales.* — 2. *El derecho del primogénito.* — 3. *De las sucesiones "ab intestato".* — 4. *El derecho sucesorio entre ascendientes y cónyuges.* — 5. *Disposición de los bienes por testamento.*

1. — NOCIONES GENERALES. — El Derecho hebreo asigna una gran importancia a la transmisión de bienes por vía de la sucesión. La norma general es la de conservar el patrimonio dentro de la familia, afirmando preferencia a la línea masculina. Sobre esta base se edificó un sistema que no tiene parangón en los países contemporáneos de Israel, por la precisión de las reglas, la minuciosidad en la previsión y la amplitud de criterio. Según Louis German Lévy, "El derecho de sucesión entre los hebreos se funda sobre la organización social. En los orígenes el padre dispone de sus bienes a su gusto; más tarde el legislador restringe ésta libertad ilimitada. Primitivamente, sólo los varones heredan, con exclusión de las hijas; con el progreso de las costumbres, las hijas son también admitidas a una parte de la sucesión. Todos los hijos heredan tanto los que son nacidos de concubinas como los otros. El derecho de sucesión tiene lugar por vía de filiación agnática"¹.

La familia antigua en la India, Grecia o Roma atendía casi exclusivamente al parentesco por *agnación*: el vínculo de la sangre y del nacimiento sólo es una conquista de la evolución jurídica y de las costumbres. En aquellos tiempos en que la religión jugaba un papel preponderante, se tenía en cuenta, a los fines del parentesco y de la sucesión, los lazos civiles fundados en la comunidad del culto. Según la definición de Plutarco, eran hermanos dos hombres que tienen el deber de hacer los mismos sacrificios, reconocer los mismos dioses y compartir la misma tumba.

¹ L. G. Lévy: *La famille dans l'antiquité d'Israel*.

En la India se descubre nítidamente el principio: el jefe de la familia ofrecía dos veces por mes la comida fúnebre; presenta una torta a los Manes de su padre, otra a su abuelo paterno, una tercera a su bisabuelo paterno, aunque jamás lo hace con los ascendientes por la vía materna. Esto significa que el parentesco y el derecho de sucesión no se ligaba nunca con las mujeres de la familia. Cuando dos personas realizaban separadamente la comida fúnebre, y ascendiendo por la línea de sus antepasados hasta el sexto grado se llega a un miembro del clan que es común a las dos personas, se arriba a la conclusión de que ambas son parientes entre sí.

El mismo sistema imperaba en Grecia y en Roma. El parentesco, en ambos países, se basaba al principio en los lazos del culto doméstico, con exclusión de las mujeres. "El hijo —dice Fustel de Coulange— lo recibía todo del padre. No se podía, por otra parte, pertenecer a dos familias, invocar a dos hogares; el hijo no tenía pues otra religión ni otra familia que la del padre. ¿Cómo tener una familia materna? Su madre misma, el día en que se realizaron los ritos sagrados del matrimonio, renunció de un modo absoluto a su familia propia: desde entonces había ofrecido la comida fúnebre a los antepasados del esposo, como si se hubiera trocado en su hija, y ya no se la había ofrecido a sus propios antepasados, porque ya no se le consideraba descendiente de ellos. No había conservado lazo religioso ni lazo legal con la familia en que había nacido. Todavía más: su hijo nada de común tenía con esa familia."

Dentro de éste régimen, el hijo adoptivo tenía el mismo derecho y los mismos deberes, que los legítimos. Dos hermanos consanguíneos (*cognados*) eran agnados entre sí, pero dos hermanos uterinos no lo eran, si no practicaban un culto doméstico común.

Por su parte, el eminente romanista Ortolán afirma que la "familia romana, aun en el orden privado, no es una familia natural: es una creación del Derecho civil, de Derecho de ciudad... El vínculo de familia no es el vínculo de la sangre; el vínculo producido por el matrimonio y por la generación es un vínculo de Derecho civil, esto es, un vínculo de poder. La familia romana no se hallaba fundada principalmente sobre el matrimonio, sino *sobre el Poder*". Y agrega: "La idea de poder, sobre la cual se hallaba fundada la familia romana, está tomada en el sentido más absoluto y más despótico. Uno solo, el jefe de ella, es el señor, el propietario de todos los demás y de todo el patrimonio. La propiedad concentrada en cada familia se halla a su libre y entera disposición: personas y bienes todo es suyo."

De este modo se explica que el parentesco por *agnación*, entre

los romanos, haya disputado largo tiempo su hegemonía, en todos los terrenos, a la familia consanguínea o por *cognación*.

Siendo el jefe de la familia romana, con todos los atributos de absolutismo que hemos referido, el padre o sea el varón, se explica perfectamente que en materia de sucesiones la mujer fuere relegada durante mucho tiempo. Así leemos en las Institutas de Justiniano (Título II): "La Ley de las Doce Tablas tenía un derecho de tal modo riguroso, tal preferencia en favor de la descendencia de los varones y tal exclusión contra los que se hallan unidos por los vínculos del sexo femenino, que no concedía ni aún entre la madre y el hijo o la hija, el derecho de venir a la sucesión uno de otro. Estas personas sólo eran llamadas por los pretores en su clase de cognación, por medio de la posesión de bienes *unde cognati*." Recién en los tiempos del emperador Claudio, se difirió a una madre la herencia de su hijo y, posteriormente, en tiempo de Adriano, se estableció por el senadoconsulto Tertuliano el derecho hereditario en favor de la madre de un modo definitivo. declarándose que la madre ingenua que tuviese tres hijos, o la manumitida que tuviese cuatro, fuese admitida a los bienes de sus hijos o de sus hijas muertas *ab intestato*, aun cuando ella se hallase bajo la patria potestad.

Para efectuar una síntesis, cabe establecer que la familia agnática romana estaba integrada así: P *Los que se hallaban bajo la autoridad paterna, o la MANUS del jefe de familia, entre ellos y con relación al jefe.* (La agnación existe entre el padre y los hijos o las hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos por adopción. Si los hijos se casan y tienen descendencia, estos descendientes son agnados entre el padre y los hijos o las hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos por adopción. Si los hijos se casan y tienen descendencia, estos descendientes son agnados entre sí y al mismo tiempo son agnados de su padre y de su abuelo paterno. Los hijos no lo son de su madre, a menos que ésta sea *in manus*); 2° *Los que hayan estado bajo la autoridad paterna y que los estarían aún si viviese.* (Cuando muere el jefe. los descendientes ya agnados entre sí, siguen siéndolo.) ; 3° *Los que nunca estuvieron bajo la autoridad paterna, pero que lo hubiesen estado de haber vivido.* (Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, estos hijos serán *agnados* entre sí.)

"Sin duda, llegó un tiempo —dice Fustel de Coulange—lo mismo para la India que para Grecia y Roma, en que el parentesco por el culto no fue el único admitido. A medida que esta antigua religión se debilitaba, la voz de la sangre fue hablando más alto, y el parentesco por el nacimiento se admitió en derecho. Los romanos

llamaron *cognitio* a esta clase de parentesco, que era absolutamente independiente de las reglas de la religión doméstica. Cuando se lee a los juriconsultos, desde Cicerón hasta Justiniano, se ven los dos sistemas de parentesco rivalizar entre sí y disputarse el dominio del Derecho. Pero en los tiempos de las Doce Tablas, únicamente el parentesco de agnación se conocía, y él sólo daba derecho a la herencia."

La evolución fue similar entre los israelitas. La familia por *agnación*, incluyendo al adoptado en el seno de la misma y sin vínculo de sangre alguno, se va modificando primero con la aparición de Moisés y su legislación; posteriormente, los talmudistas y los comentaristas de la ley introdujeron mayor liberalidad, hasta que el principio de la *cognación* se impone, sin que por esto haya habido un cambio en el texto de la Escritura.

Veamos de qué manera se fue operando el proceso. En un pasaje del *Pentateuco*² se dice: *Las hijas de Salphaad... Llegaron;... Y presentáronse delante de Moisés y delante del sacerdote Eleazar y delante de los príncipes, y de toda la congregación, a la puerta del tabernáculo del testimonio, y dijeron:... Nuestro padre murió en el desierto, el cual no estuvo en la junta que se reunió contra Jehová, en la compañía de Cré: sino que en su pecado murió, y no tuvo hijos... ¿Por qué será quitado el nombre de nuestro padre de entre su familia, por no haber tenido hijo? Danos heredad de los hermanos de nuestro padre. Jehová replicó entonces y dijo a Moisés que ellas tienen razón: ... has de darles posesión de heredad entre los hermanos de su padre y traspasarás la heredad de su padre a ellas. Y agregó Jehová, formulando la regla de la herencia bíblica: Y a los hijos de Israel hablarás, diciendo: Cuando alguno muriere sin hijos, traspasareis su herencia a su hijo... Y si no tuviere hija, daréis su herencia a sus hermanos;... Y si no tuviese hermanos, daréis su herencia a los hermanos de su padre... Y si su padre no tuviere hermanos, daréis su herencia a su pariente más cercano de su linaje, el cual la poseerá...*

Los versículos que se acaban de transcribir y alguna otra referencia incidental, como la que se relaciona con el primogénito, a quien se entregarán dos partes de la herencia³, es todo cuanto contiene la Biblia acerca de las sucesiones. Y de dichos preceptos resulta, sin lugar a dudas, la vocación hereditaria, a título exclusivo, de los hijos varones. Pero las mujeres fueron dotadas del mismo derecho en ausencia de los varones, según el episodio de Salphaad a que se refiere el *Libro de Números*. La petición elevada por las

² *Números*, capítulo XXVII, versículo 1 y siguientes.

³ *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículo 17.

hijas del difunto, para que *no sea quitado el nombre de su padre de entre su familia, por no haber tenido hijo*, demuestra que hasta entonces las hijas carecían de derecho hereditario. Moisés introdujo una norma sencillamente revolucionaria, norma que no habría sido admitida en la ley o en la costumbre premosaica.

Pero no es esto solo. La obra del legislador bíblico fue más lejos. Según la Escritura, si el difunto no tenía hijos, la herencia era atribuida a las hijas; si no quedaban hijas, la herencia pertenecía a los hermanos del difunto; si no había hermanos, debía atribuírsela a los hermanos del padre, esto es, a los hijos del extinto.

¿Podía heredar la hermana, en caso de no haber hijo o hija, o hermano, o tío? Según la Ley bíblica, no, pero aquí la Ley rabínica introdujo una novedad sensacional: también podía heredar la hermana del difunto, en caso de no existir ningún otro heredero ⁴.

4 "La regla para el culto es que se transmita de varón en varón; la regla para a herencia, que siga el culto. La hija no es apta para continuar la religión paterna, pues se casa, y al casarse renuncia al culto del padre para adoptar el del esposo; no posee, pues, ningún título a la herejía. Si un padre deja sus bienes a la hija, a propiedad se separaría del culto, lo que es inadmisibile.

La hija ni siquiera podría cumplir el primer deber del heredero, que es continuar a serie de las comidas fúnebres, puesto que es la los antepasados de su marido a quienes ofrece los sacrificios. La religión le prohíbe, pues, heredar a su padre." — F. DE COULANGE: Obra citada, página 108.

La norma es la misma en la India, como en Grecia y Roma. "Tras la muerte del padre —dice el Código *de Menú*— que los hermanos se repartan el patrimonio."

Pero el legislador recomienda a los herederos proporcionar una dote a la hermana que no hereda.

Entre los árabes a situación era distinta. Según el Corán (IV, 8), los hombres deben obtener una parte de los bienes dejados por sus padres, madres y parientes. "Dios os ordena, en el reparto de vuestros bienes entre vuestros hijos, que deis al varón la parte de dos hijas; si no hay más que hijas, y en el caso de ser más de dos, han de obtener las dos terceras partes de lo que el padre deja; y si sólo hay una, recibirá a mitad. El padre y la madre del difunto obtendrá el sexto de lo que éste deje, si hubiere dejado un vástago; y si no hubiese ninguno, y sus ascendientes heredasen, a madre debe obtener un tercio; si hay hermanos, a madre heredará un sexto del remanente, satisfechas las deudas y entregados los legados." (IV, 13). "—ara vosotros, hombres, la mitad de lo que dejan vuestras esposas, si éstas no tuvieran hijos; si los tuvieran, obtendrán el cuarto, después de los legados que hubieren hecho, y del pago de sus deudas." (IV, 13). "Vuestras esposas obtendrán el cuarto de lo que dejaréis después de los legados que habréis hecho, y pagadas las deudas, si no tenéis hijos; y si las tuvierais, les corresponderá el octavo de la sucesión, después de los legados que habréis hecho, y pagadas las deudas." (IV, 14). "Si un hombre hereda de un pariente lejano, o de una parienta lejana, y tiene un hermano o una hermana, debe dar a cada uno el sexto de la sucesión. Si son muchos concurren por el tercio de a sucesión, pagados los legados y las deudas." (IV, 15). "Ellos te consultarán, y tú diles; Dios os instruye acerca

Para la Ley bíblica, el padre del difunto, ni el abuelo paterno, heredan. En un pasaje del *Libro Números*⁵ advertimos que si alguien moría sin dejar descendencia, los bienes debían pasar a los hermanos del difunto. Aquí también la Ley rabínica vino a rectificar una injusticia. El *Tratado Babá Batrá*⁶ determina la regla general a que debe ajustarse el derecho hereditario: si un individuo tiene la prioridad sobre otro, sus hijos y sus nietos (hasta cien generaciones) tienen también la prioridad sobre el otro. En consecuencia, si los hijos han muerto, la herencia pasa a los nietos; si no hay descendientes, la herencia corresponde a los ascendientes, remontándose hasta los patriarcas, si fuere necesario.

En el análisis que haremos sobre la institución de la primogenitura, evidenciaremos asimismo, la evolución del privilegio del primer nacido que, en la premosaica se asemejaba extraordinariamente al de las legislaciones paganas en sus caracteres absolutos y que primero por obra y gracia del legislador bíblico y luego por influencia del Derecho talmúdico convirtiéndose en una simple preferencia hereditaria.

En cuanto a la libertad para disponer de los bienes por acto de última voluntad, es natural que también haya experimentado las variaciones a que estuvieron sujetos todos los derechos en la legislación hebrea. La Ley de la Biblia ordenaba la disponibilidad de los inmuebles en forma temporaria; para la disposición de los bienes raíces debía encuadrarse en las leyes sobre las sucesiones. "Moisés quiso que las familias caídas en la miseria y obligadas de vender sus bienes pudieran levantarse recobrando de nuevo sus campos; entonces estableció la ley según la cual nadie podía vender su campo para siempre, mas el vendedor o sus herederos podían recobrar el campo en el año de su Jubileo. Nadie podía desheredar sus hijos, ni acordar por testamento a uno de sus hijos los derechos que la ley sobre las sucesiones acordaba a otro hijo. La Escritura dice expresamente que el padre no puede acordar al hijo cadete las dos

de los parientes lejanos, si un hombre muere sin hijos; y si éste tiene una hermana, ésta obtendrá la mitad de lo que deje. También él será su heredero, si ella no deja hijo alguno. Si hay dos hermanas, obtendrán éstas dos tercios de lo que el hombre haya dejado; y si deja hermanos y hermanas, el hijo tendrá la parte de dos hijas." (IV, 175).

Como se advierte, el derecho religioso musulmán admite la sucesión de la mujer, como madre, hermana, hija, etcétera; en éste sentido cabe reconocer que constituye un anticipo al derecho sucesorio de la época que advino después de una prolongada evolución.

⁵ *Números*, capítulo XXVII, versículo 9.

⁶ *Tratado Babá Batrá*, Perek VIII.

primeras partes que son debidas al primogénito⁷ y el Talmud extrae la conclusión muy justa de que la Ley bíblica prohíbe, con mayor razón, desheredar a los hijos, o privar a uno de los hijos de su parte en la sucesión"⁸.

La libertad de testar no era, pues, admitida por la Escritura. En todo caso, se podía disponer de los bienes muebles, pero no de los inmuebles. La Ley rabínica derogó la prohibición, autorizando ampliamente a las personas para disponer de todo su patrimonio por testamento.

Por último, conforme a la Ley bíblica, el marido hereda a la mujer; el Talmud a través de una serie sutil de disquisiciones, autoriza a la mujer para heredar en determinadas formas, a su cónyuge premuerto.

El testamento traduce una honda evolución en el Derecho sucesorio antiguo. En efecto, siendo que el derecho a la herencia provenía del culto doméstico y que la propiedad se vinculaba fundamentalmente con el culto, es obvio que la facultad de transmitir los bienes, por muerte del titular, no debía estar supeditada a la voluntad sino a la ley. *Lo que hace que el hijo herede no es la voluntad personal del padre.* El padre no necesita hacer testamento: el hijo hereda con pleno derecho, *ipso jure heres existit, est heres necessarius*, según el *Digesto*⁹. "El derecho de testar —anota F. de Coulange— es decir, de disponer de los bienes tras la muerte, para transferirlos a otro que no fuera el heredero natural, estaba en oposición con las creencias religiosas, que eran el fundamento del Derecho de propiedad y del Derecho de sucesión. Siendo la propiedad inherente al culto, y siendo éste hereditario, ¿Se podía pensar en el testamento?"

Y lo que era cierto para Grecia y Roma, también lo fue entre los indos. Si la India no prohibió el testamento, como Grecia o la Roma primitiva, fue sencillamente porque lo desconocía. En Roma se autorizó esta forma de transmisión de los bienes sólo con posteridad a la Ley de las Doce Tablas.

Pero la libertad de testar nunca fue amplia, ya que las formalidades complicadas lo hicieron poco menos que impracticable.

2. — EL DERECHO DEL PRIMOGÉNITO. — Israel admitió, como la India, el principio de la primogenitura; algunos autores asimilan la institución al *mayorazgo*. Sin embargo, como veremos en el curso del capítulo, la primogenitura solamente se vincula con el de-

⁷ *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 16 y 17.

⁸ I.-M. RABINOWICZ: *Legis. Civ. du Thalmud, Tratado Babá Batra*.

⁹ *Digesto*, L. XXXVIII, tit. XVI, 14.

recho hereditario. En la vida del individuo el primogénito en nada se distinguía y carece de todo privilegio que no sea extensivo a los demás hijos ¹⁰.

¿Pero el primogénito del Derecho hebreo, era similar al primer nacido en la familia hindú? "El hermano mayor —en el Derecho indo —a la muerte del padre, se torna *sui juris*, continúa la persona de aquél, con todos sus derechos en toda la plenitud de sus atribuciones, con lo que queremos decir, desde luego, que la prole cae bajo su potestad, sin más excepción que la que emerge de mala conducta notoria. De modo que, si el primogénito del ejemplo propuesto es hombre de bien, y nadie se encarga de probar lo contrario, está facultado para ampararse en los principios de la ley, negando a los demás causahabientes la participación de la herencia. El, en cambio, debe mantener a la familia en el rango en que su causante la mantuvo."

"Para hallar el porqué de la primogenitura tenemos que recordar cuán arraigado estaba en la India el culto de los antepasados. A ellos se les adeudan las oblaciones fúnebres y no es cosa que éstas cesen por la muerte del deudor. Es una deuda larga de pagar; una obligación renovada por varias generaciones. Mejor dicho, es una obligación perpetua; porque extinguida para con un antepasado, no lo está para con los otros. Siempre, así, hará falta un hijo: un hijo que asegure en lo futuro el perenne oficio de los muertos. Calcúlese, entonces, con qué regocijo es saludado en los lares paternos, el hijo bien venido, *el hijo del deber*, como le llaman los sabios. ¿Qué mucho, en tal virtud, que sean para el salvador todas las prerrogativas?" ¹¹.

La religión sentó las bases de la muy antigua institución, revelada entre algunos pueblos del Oriente, de donde habría de transfundirse al Occidente, de la primogenitura. "El primogénito —de-

10 El mayorazgo admitido aún por ciertas legislaciones modernas, consiste en el derecho conferido al hijo mayor de heredar los bienes de su padre, en forma exclusiva. Se distinguen dos clases de mayorazgo: *de agnación artificial o artificiosa*: el conjunto de bienes vinculados, pidiéndose en su fundación varonía, con la circunstancia de que extinguida la línea de varón en varón, recaigan en el varón de la hembra más próxima, o cuya descendencia venga por menos hembras; *de agnación rigurosa*: Aquel en que la sucesión se verifica precisamente de varón a varón, por línea de agnados. Aun hay otros tipos: *de masculinidad*: aquel en que suceden solamente los varones, sean agnados o cognados. *Regular*: aquel en cuya sucesión son preferidos los varones a las hembras, y *el mayor al menor* en cada línea; *saltuario*: aquel en que no se atiende a grados ni a líneas de parentesco, sino a buscar un sucesor que posea las cualidades o requisitos señalados en la fundación. — *Dicc. Nac. de la Lengua Española*, por don RAMÓN JOAQUÍN DOMÍNGUEZ (Madrid, 1866).

11 A. CAPDEVILA: Obra citada, página 79.

cían los primitivos arios— ha sido engendrado para el cumplimiento del deber respecto a los antepasados ; los otros han nacido del amor."

En consecuencia, el primogénito tenía la obligación de continuar la tradición religiosa, de presidir el culto doméstico y de ofrecer las comidas fúnebres; de estos deberes surgió el derecho de su herencia.

El Código de Manú establecía que el primogénito toma posesión del patrimonio entero y los demás hermanos viven bajo su autoridad, como vivían bajo la de su padre. Y la misma Ley india agrega: "Que el primogénito sienta por sus hermanos menores el amor de un padre por sus hijos y que éstos, a su vez, le respeten como a un padre."

De manera pues que el primer nacido asumía la función casi integral de su antepasado, no sólo en el orden religioso, sino en el civil y también en el afectivo.

Pero debe decirse que los pueblos que admitían la primogenitura a los fines sucesorios, lo hacían con exclusión de los demás hijos y parientes: el primogénito heredaba todo.

¿Es esta la situación jurídica y legal del primer nacido, según la Ley mosaica? El análisis se impone para afirmar que no. Si bien en la era prebíblica y hasta la aparición de Moisés, el primogénito gozaba de algunos derechos de los que se excluía a sus hermanos, el legislador, enderezado a eliminar de la legislación todo principio de desigualdad o todo privilegio basado en el nacimiento, procuró restringir también los atributos de la primogenitura que pasaron a ser de simple carácter sucesorio. Esta tendencia se encuentra ya en el *Pentateuco*; en efecto, el *Deuteronomio* se refiere al primogénito, en el capítulo I. donde se dice: *Cuando un hombre tuviere dos mujeres, la una amada y la otra aborrecida, y la amada y la aborrecida le parieron hijos, y el hijo primogénito fuere de la aborrecida;... Será que, el día que hiciere heredar a sus hijos lo que tuviere, no podrá dar el derecho de primogenitura a los hijos de la amada en preferencia al hijo de la aborrecida, que es el primogénito;... Mas el hijo de la aborrecida reconocerá por primogénito, para darle dos tantos de todo lo que hallare que tiene; porque aquel es el principio de su fuerza, el derecho de la primogenitura es suyo*¹².

¿De dónde proviene esta diferenciación en el seno de la familia? Evidentemente es anterior a Moisés. Fue copiada de los países paganos que establecieron para el primer nacido privilegios extraordinarios, originados sin duda en principios religiosos y de casta.

¹² *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 15-17.

Esau, hijo de Isaac, seguramente perdió en el trueque con su hermano Jacob algo más que el consabido plato de lentejas... La primogenitura admitida en la Biblia significaba durante la época premosaica, un sinnúmero de ventajas y privilegios... Según la Ley premosaica, todo jefe de familia tenía el derecho de ejercer las funciones sacerdotales y después de su muerte era el hijo primer nacido quien le reemplazaba en ese derecho; pero carecía de él en vida del padre; tomaba el sacerdocio en la sucesión de su padre. Moisés acordó primeramente el privilegio del sacerdocio a los primeros nacidos en vida de sus padres. Esto resulta del pasaje: *Porque mío es todo primogénito en los hijos de Israel, así de hombres como de animales; desde el día que yo herí todo primogénito en la tierra de Egipto, los santifiqué para mí.* La soberanía absoluta que el padre ejerció sobre la familia, en los tiempos prebíblicos, pasó al primogénito. Pero promulgada la Ley mosaica, el primogénito dejó de tener atributos sobre los hermanos menores, puesto que el padre mismo no lo tuvo ya sobre los mayores. Muchos siglos después de Moisés hallamos que el primogénito tenía el derecho de suceder al padre en ciertas dignidades¹³. Pero merced a la modificación introducida por el gran legislador, poco a poco y paulatinamente, el derecho de la primogenitura se convirtió en el simple privilegio de heredar el doble en la sucesión del padre.

"Por otra parte —afirma el doctor Rabinowicz— nos encontramos con que los antiguos hebreos, la nación democrática por excelencia, la nación que jamás ha reconocido castas (porque los sacerdotes y los levitas no gozaban de ningún Derecho civil o político especial), que jamás ha ligado ningún privilegio civil o político al azar del nacimiento, estos hebreos, digo, han rehusado con mucha frecuencia los privilegios del primogénito, aunque estos privilegios hayan sido reconocidos por todas las naciones de la tierra y consagrados por la tradición de siglos"¹⁴.

Lo que ya fue restringido por la Ley mosaica, sufrió nuevos limitaciones en la Ley talmúdica: mientras la Biblia reconoció

13 *II Crónicas*, capítulo XXI, versículo 3.

14 Pese a que la legislación mosaica, y posteriormente, la talmúdica, establecieron como norma invariable —destaca un autor— a igualdad de derechos hereditarios para todos los sucesores de una sola línea, la Biblia nos demuestra que Abraham designó a Isaac en calidad de heredero único (*Génesis*, capítulo XXV, versículo 5). Es probable que tal situación se base en alguna Ley babilónica. Esto surge de un precepto del *Código de Hammurabi* que autoriza al padre a ceder, en vida, a cualquiera de sus hijos, una parte de su patrimonio, o a dejársela por testamento (Art. 171 a). Los bienes cedidos eran la única herencia del hijo; el resto pasaba a poder de los demás herederos.

al primer nacido el derecho de tomar dos partes de la sucesión paterna, el Talmud redujo este privilegio sólo a los bienes que el difunto tenía en su posesión antes del fallecimiento. Todo lo que surgió con posterioridad, debía ser distribuido entre todos los hermanos por partes iguales. Así, por ejemplo: si un deudor del padre hacía cancelación de la deuda después del fallecimiento del acreedor, el importe ingresado debía ser repartido en forma igualitaria. Si el abuelo falleció después que el padre y deja bienes hacia los cuales los nietos tienen vocación hereditaria, o si el padre ha dejado viñas y estas producen vinos, etcétera, la partición se hacía en igual forma. En cuanto a los bienes dejados por la madre, conforme a la Ley rabínica, el primogénito hereda en la misma forma que los demás hermanos.

3. — DE LAS SUCESIONES AB INTESTATO. — Ya hemos mencionado las reglas sentadas por el texto bíblico para las sucesiones. Diversos preceptos del *Libro de Números*¹⁵ establecen el orden hereditario, según el cual el derecho pertenecía, en primer lugar, a los hijos varones; en su defecto, a las hijas; a falta de éstas, a los hermanos del difunto; y si estos hubiesen muerto o no, hubiesen existido, a los tíos paternos. En caso de que no quedara ninguno de estos parientes, eran llamados a la herencia los parientes *más cercanos de su linaje*, para decirlo con las propias palabras de la Biblia.

Conforme a la opinión de los historiadores, estas normas no existían antes de la llegada de Moisés. En efecto, atento a un pasaje de la Escritura¹⁶, Sara, esposa de Abraham, aconsejó a éste que repudiase a su otra mujer, Agar, para que el hijo de ésta, Ismael, no heredase y los bienes pasaran a Isaac, a quien Abraham dió cuanto tenía (versículo 5). En otro pasaje bíblico¹⁷ advertimos que Israel, padre de José, díjole antes de morir: *Y yo te he dado a ti una parte sobre tus hermanos, la cual tomé yo de mano del Amorreho con mi espada y mi arco*. Esto significa que Israel le benefició con respecto a los demás herederos.

Establece asimismo la Ley bíblica el derecho de la primogenitura, según el cual corresponde asignar al primer nacido *una porción doble en todo lo que posee* (el difunto), *por la razón de que es el primogénito y le corresponde el derecho de mayoría*¹⁸.

Pero, según ya lo hemos señalado, este privilegio no corres-

15 *Números*, capítulo XXVII, versículos 8 a 11.

16 *Génesis*, capítulo XXI, versículo 10.

17 *Génesis*, capítulo XLVIII, versículo 22.

18 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 15 a 17.

pondió al primogénito en la herencia de la madre, y Moisés innovó estableciendo que sólo debía corresponderle el doble de la herencia paterna, en los bienes que poseyese el antecesor, antes de su fallecimiento; no los que ingresaren con posterioridad. De modo que cuando los bienes del padre pasaban al abuelo, el primogénito no tenía derecho de reclamar, por fallecimiento de éste, aquellos beneficios o aumentos que podría tener si la herencia hubiera pasado directamente de su padre a él.

Conforme a los mismos textos y a los usos para lograr las ventajas de la primogenitura, no era bastante el hecho de ser hijo mayor de todos los que quedaban al fallecimiento del progenitor, sino que era indispensable ser el primero de los nacidos del matrimonio; el hijo póstumo perdía irremisiblemente este derecho. Las mujeres carecían del privilegio de la primogenitura, pero cuando eran llamadas a heredar, se dividía la herencia entre ellas en partes iguales.

Si eran excluidas por los hermanos, gozaban del derecho de ser alimentadas de los bienes paternos y de la dote en caso de tener que casarse. (Les correspondía, en tal concepto, con carácter de preferencia, la décima parte de los bienes dejados por el padre.) Cuando los hijos con vocación hereditaria eran todos mayores de edad, poseían la herencia en comunidad; pero si unos eran mayores y otros menores, se hacía la partición y se les adjudicaba la cuota correspondiente. Según Seldeno¹⁹, los eunucos y hermafroditas gozaban de derecho a la herencia, pero se les asignaba una parte más pequeña que a los demás herederos; los bastardos heredaban en calidad de hijos legítimos, siempre que la madre no hubiere sido idólatra ni esclava. Los hijos naturales obtenían una parte de la herencia, igual que si fueran legítimos.

"Cuando los hijos varones eran llamados a la sucesión con exclusión de las hembras, no sólo sucedían ellos sino que pasaba la herencia a todos sus descendientes, del mismo modo que cuando sucedían las hijas con exclusión de sus hermanos; porque es regla general y constante que aquel que es preferido en una sucesión, transmite a sus herederos y descendientes aquel mismo derecho que se radicó en él, excluyendo siempre a todos los demás que no tenían derecho a la herencia sino en defecto del primero. No obstante, si una madre, después de haber tenido un hijo, su heredero natural, sobrevive a éste que muere sin sucesión, la herencia de la madre después de su fallecimiento no va a los parientes de parte del padre, sino a los parientes de parte del padre de la madre; pero si el hijo sobreviviese a la madre, aunque sea por corto tiempo,

19 SELDENO :De *Sucesión*, capítulo III.

entonces de cualquiera edad que sea, sucede él y transmite después la herencia a sus herederos. Los bienes de la madre o son dotales y parafernales; estos pertenecen a todos los hijos varones, de cualquier matrimonio que sean, a diferencia de los primeros, que tocan y son propios de los hijos varones de aquel marido que dió la dote" 20.

En cuanto a los ascendientes y colaterales, el principio general era de que se les llamaba a la herencia solamente a falta de descendientes. Si no quedaba ninguno de éstos, los bienes pertenecían al padre del difunto; si éste había muerto, pasaban al abuelo paterno. Si el padre moría primero y después fallecía el hijo sin dejar descendencia, sucedían los colaterales. El padre sucedía en los bienes adventicios del hijo, en caso de sobrevivirle, puesto que si aquel moría antes, sucedían todos los parientes paternos por derecho propio o por representación.

La sucesión colateral en Grecia y Roma se regía por los mismos principios. Según la Ley helénica, si un hombre moría sin dejar hijos, debía heredarlo su hermano, siempre que fuere consanguíneo; en su defecto, cabía el derecho sucesorio al hijo del hermano, pues la sucesión pasa siempre a los varones y a sus descendientes. Esta era también la regla en la India, según la Ley de Manú.

Según las Doce Tablas, si un hombre moría sin dejar heredero inmediato, la sucesión correspondía al agnado más próximo. El antiguo Derecho romano prescribía que el sobrino heredaba del *patruus* es decir, del hermano del padre, y no del *avunculus*, es decir, del hermano de la madre. Pero siempre se concedía preferencia a la posteridad masculina, con exclusión del parentesco originado en las mujeres.

Gabriel Tarde, contestando la teoría acerca de que el régimen sucesorio consagrado por los antiguos usos de la humanidad, habría sido en todas partes el mismo, atravesando asimismo por fases invariables, destaca ciertas características que en efecto demuestran similitud entre las legislaciones de pueblos muy distantes entre sí. "Bien veo que —dice—, en general, las hijas son excluidas de él (del régimen sucesorio), así como los ascendientes —y que quien pueda concilie con el matriarcado la primera de estas dos conclusiones— pero veo también el Derecho naciente, en diversos pueblos, vacilar entre la sucesión colateral y la sucesión directa. Cuando un hombre muere, no sabe bien de cierto si será su hermano o su hijo quien lo suceda. Y ¿Cómo sale de esta perple-

20 PASTORET: Obra citada, páginas 216 y 217.

jidad? ¿Ocurre siempre que el derecho del descendiente sea preferido por fin al del hermano? No. En Arabia, entre los aztecas, es el colateral quien triunfa."

"En nuestros días aún —dice Viollet ²¹— en Turquía, como antes en Kiev, el sultán tiene por sucesor no a su hijo, sino a su hermano o a su tío. El río de la evolución tiene, pues, sus deltas, sus bifurcaciones fortuitas."

La réplica de Tarde ²² a la teoría de la unidad de origen, a la que acaba de referirse, se halla confirmada por hechos históricos. Frecuentemente, al revés de lo que se observa generalmente, las mujeres son excluidas de la sucesión, después de haber sido admitidas. Los kabilas de Argelia, en el siglo último, abolieron el derecho de sucesión de las mujeres, establecidas por el Corán, volviendo así —dice Darestem— "A la antigua costumbre que no da a la mujer más que los alimentos".

¿Cómo explicar, sin embargo, ciertas reglas rígidas, ciertas formas comunes de establecer el derecho sucesorio entre los pueblos antiguos? Creemos que la explicación más aceptable es la de que en el mundo antiguo el sentido de la organización solidaria del clan estaba muy arraigado y a medida que se hacía más frecuente el contacto de los pueblos entre sí, la imitación y a veces el plagio, hicieron el resto. De este modo triunfa la *teoría de adaptación* que el sociólogo francés desarrolló magistralmente.

4. — EL DERECHO SUCESOR ENTRE ASCENDIENTES Y CONYUGES. — Según hemos visto, al estudiar el régimen de la *leviración* —interesante institución que hallamos ya en la India— el *leviro*, esto es, el hermano del difunto que contrae nupcias con su cuñada, hereda todos los bienes del extinto.

El derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente estaba asegu-

²¹ VIOLLET: *Histoire des Institutions Pol.*

²² G. TARDE: Obra citada, página 160 y siguientes.

La regla general de la Ley de las Doce Tablas era de que la herencia de los intestados pertenece en primer término a los herederos suyos (*heredes* fueran aquellos que a la muerte del autor de la sucesión se halaban bajo su potestad, como el hijo, la hija, el nieto o la nieta habidos de un hijo; el biznieto o la biznieta habidos de un nieto, que él mismo había sido de un hijo, etcétera). La herencia se les discernía de pleno derecho, aun sin saberlo. Cuando existía un hijo o una hija —se lee en a Instituta de Justiniano— con un nieto o una nieta habidos de otro hijo, son llamados juntamente a la herencia del abuelo, y el más próximo en grado no excluye al más remoto.

Si no existían ningún heredero suyo, ni ninguno de los llamados por el pretor o por la constitución a la clase de herederos suyos, según las Doce Tabas, la herencia correspondía al agnado más próximo.

rado por la ley: el marido sucedía a la mujer y transmitía a sus herederos esta sucesión juntamente con los demás bienes de su patrimonio. Pero la mujer no sucedió al marido premuerto sino después de una larga elaboración promovida por los doctores rabínicos y condicionada a ciertas circunstancias. Más, la mujer podía siempre obtener todo el patrimonio por vía de donación.

En el *Tratado Ketubót*²³ encontramos algunas normas relacionadas con el derecho sucesorio de los cónyuges.

Si un hombre casado con dos mujeres ha muerto, y las dos mujeres reclaman sus *ketubá*, la primera pasa antes de la segunda, lo mismo los herederos de la primera pasan antes de los herederos de la segunda. Si él ha desposado una mujer que ha muerto cuando él vivía, y después que él ha casado con otra que lo sobrevivió, la segunda mujer y sus herederos pasan antes de los herederos de la primera mujer.

La *Guemará* explica esto: De ahí resulta que la *ketubá benin dikerin* (es la *ketubá* de los hijos varones), no se paga de los bienes vendidos por el padre, los hijos que la reclaman de la parte de su madre no son considerados como acreedores de su padre; ellos son simplemente herederos, y no pueden tomar más que los bienes que permanecen libres, y no los bienes que su padre ha vendido o pignorado; porque si la *ketubá benin dikeriu* era considerada como una deuda, y la mujer a la cual se la ha dado como la acreedora de su marido, la primera mujer del difunto sería la acreedora de su marido. Como su crédito es de fecha anterior a la de la segunda mujer, ella tendría el derecho de hacerse pagar de los bienes hipotecados a la segunda mujer, cuyo crédito es de una fecha posterior.

En otros términos, serían los hijos de la primera mujer quienes pasarán con la segunda mujer o sus herederos. Luego la *Mishná* dice lo contrario, es la segunda mujer sus herederos que pasan antes de los herederos de la primera mujer, porque la segunda mujer que ha sobrevivido a su marido y tiene, por consiguiente, derecho a reclamar la *ketubá* ordinaria de doscientos *zuzes*, es un verdadero acreedor; mientras que la primera mujer que murió en vida del marido, no es considerada como acreedora del marido.

En el mismo lugar encontramos otras hipótesis y sus correspondientes soluciones: Un individuo ha muerto y ha dejado un depósito o una deuda a recibir de alguno: esta deuda o este depósito es reclamado por los acreedores, por la viuda para su *ketubá*, y por un acreedor del difunto. ¿A quién debe dársele? Rabí Triphon dice que se debe darlo al más desdichado. Rabí Akiba dice que la

²³ *Tratado Ketubót*, Perek X.

piEDAD no debe prevalecer sobre la justicia; se le dará, entonces, a los herederos cuyo derecho es incuestionable, mientras que la viuda y el acreedor tienen necesidad de prestar juramento para establecer su derecho. Si en lugar de un depósito o de una deuda a recibir, el difunto ha dejado productos cosechados, permanecerán en las manos de quienes se ha apoderado de ellos el primero. Porque — dice Raschi— si el heredero se ha apoderado, la viuda ni el acreedor no pueden hacerse pagar del mobiliario; si la viuda o el acreedor se han apoderado, ellos tienen el derecho de guardarlo, según rabí Triphon. Si la viuda o el acreedor se han apoderado de estos productos, cuyo valor excede la suma que cada uno reclama, ¿A quién debe darse el excedente? Rabí Triphon dice que se le dará al más desdichado, y rabí Akiba dice que se les dé a los herederos. ¿Quién es el más desdichado, a que se refiere rabí Triphon? Es aquel cuyos derechos son de fecha más reciente, porque él no podrá hacerse pagar con los bienes que el difunto ha vendido antes de esa fecha.

Un hombre ha desposado dos mujeres, que han muerto ambas en vida del marido, y éste ha muerto después de ellas, y cada uno de los hijos reclama la *ketubá* (la *ketubá benin dikerin*) de su madre; si no hay en la herencia más que el valor exacto para pagar las dos *ketubá*, su reclamación no es admitida, y todos los hijos parten entre ellos la herencia por partes iguales. Pero si después de haber pagado las dos *ketubá*, resta todavía el valor de un *denar* a ser dividido entre todos los hermanos por partes iguales, cada uno de los hijos puede reclamar la *ketubá* de su madre. Si en el primer caso en que la herencia no abarca más que el valor de las dos *ketubá*, el hijo de la mujer que tenía la más considerable, para conservar su derecho a reclamar la *ketubá* de su madre, dice que el estima el valor del terreno de la herencia a un valor más considerable, de manera que después de haber pagado las dos *ketubá*, restaría todavía un *denar* a partirse entre los hermanos por partes iguales, su pretensión no es admitida, y es necesario estimar la herencia en el tribunal por hombres desinteresados. Si los bienes de la herencia de su padre no alcanzan más que el valor de las dos *ketubá*, pero si espera otra herencia, por ejemplo, la del abuelo, que morirá después de su hijo, y en que los bienes serán divididos por partes iguales entre los nietos, ésta herencia a venir no da derecho a la *ketubá benin dikerin*, como la que ya existe.

Un hombre ha desposado tres mujeres, en que la una tenía una *ketubá* de cien *zuzes*, la otra de doscientos *zuzes*, y la tercera de trescientos; él ha muerto, no habiendo dejado más que cien *zuzes*. En ese caso todas las mujeres se parten las cien *zuzes* en partes iguales.

Raschi agrega que si se trata de un caso en que las tres *ketubá* son del mismo día; de otro modo, la que es primera en orden de fecha, pasará antes que las otras.

Si el difunto ha dejado doscientos *zuzes*, la que tenía una *ketubá* de cien *zuzes* toma cincuenta, y las otras dos toman cada una setenta y cinco; si hay trescientos, la que tiene una *ketubá* de cien, toma cincuenta; la que tiene una *ketubá* de doscientos, toma cien, y la última toma ciento cincuenta.

Es igual que tres socios en un comercio, donde cada uno —dice Raschi— toma su parte del provecho o de la pérdida, según la cantidad de dinero que ha puesto en el comercio.

Conforme al testimonio de la Biblia, el Estado se convertía en sucesor de los bienes de algunas personas que habían incurrido en crímenes de Estado o de lesa majestad. Los bienes de los prosélitos (de justicia), que morían sin descendencia, pertenecían al primero que de ellos se apropiase. Los bienes de una extranjera o de un ídólatra se hallaban en la misma situación. La modificación en el orden sucesorio y la desheredación estaban prohibidas estrictamente.

El Talmud amplió los preceptos sobre el derecho a suceder acordado por la Escritura, y modificó, en espíritu, ya que no en la letra, algunos de los aspectos que no se avenían con la evolución natural de las costumbres y la doctrina de los doctores de la ley.

En el *Tratado Babá Batrá*²⁴ hallamos una *Mishná* (fol. 108) que establece cuatro categorías de parientes, desde el punto de vista hereditario, los que son:

1° CATEGORÍA: *Los parientes de un individuo que lo heredan y quien los hereda también, si mueren antes de él*; ellos son: los hijos del padre que lo heredan, y el que a su vez los hereda, si ellos mueren con anterioridad (no dejando hijos). Los hermanos de un solo padre se heredan entre sí (si el padre ha muerto y ellos no dejan hijos).

2° CATEGORÍA: *Los parientes de un individuo que lo hereda, si ha muerto, pero cuyo individuo no los hereda*; ellos son: el hijo de la madre que la hereda, pero ella no lo hereda (porque son los parientes paternos quienes son sus herederos); el marido hereda a su mujer, pero ella no lo hereda; el hijo de la hermana de un individuo lo hereda (porque la hermana hereda al hermano, y los hijos heredan los derechos de la madre), pero él no hereda al hijo de su hermana (porque su hermana no hereda a su hijo).

3° CATEGORÍA: *Los parientes de un individuo que no lo here-*

24 *Tratado Babá Batrá*, Perek VIII.

dan, pero el individuo sí hereda; ellos son: la madre tocante a su hijo; ella no lo hereda, pero el hijo sí la hereda; la esposa tocante al marido; ella no la hereda, pero él la hereda; el hermano de la madre de un individuo; él no hereda a su sobrino, pero su sobrino sí lo hereda.

4° CATEGORÍA: *Los parientes de un individuo que no es heredado, y donde los otros tampoco heredan del individuo*; ellos son: los hermanos de una sola madre²⁵.

25 En el Derecho romano, para el conocimiento de la sucesión *ab intestato* cabe distinguir dos períodos, el de la Ley de las Doce Tabas y el del Derecho pretoriano. Según las reglas de la Ley de las Doce Tabas, cabe establecer tres órdenes de herederos, que son: 1º Los *sui heredes*, los descendientes legítimos, o adoptivos, colocados bajo la potestad directa del causante, las mujeres *in manu* y los póstumos suyos. (Suceden todos sin distinción de grado, y cuando el difunto deja un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo premuerto, los nietos no son excluidos por el hijo, pues suceden en sustitución de su padre.) 2º *Agnados*: son los herederos que suceden en caso de no existir *heredes sui*, en cuyo caso debe concurrir el agnado más próximo. (Si hay un hermano y dos sobrinos nacidos de otro hermano premuerto, el hermano sólo recoge la sucesión, pues los dos sobrinos no pueden ocupar el lugar de su padre; si hay varios agnados en el mismo grado concurren y se hace a distribución *per capita*.) 3º *Gentiles*: en caso de inexistencia de herederos suyos y de agnados, la ley llamaba a los *gentiles*, con análogos derechos.

El Derecho pretoriano introdujo otras normas, paralelas en cierto modo a la Ley de las Doce Tabas, pero más amplias y generosas que éstas. La tendencia de incorporar a los *cognados* (herederos de sangre), debilitando a preeminencia de la agnación, encuentra su mejor exteriorización en el sistema del Derecho pretoriano. Este sistema se basa en el régimen conocido bajo el nombre de *la bonorum possessiones*, y consiste en la sucesión pretoriana del conjunto del patrimonio del difunto. El pretor tenía a facultad de conceder el título de poseedor de a sucesión, aun fuera de todo litigio, a quien se lo pidiera apoyándose sobre un testamento regular, o probando que era el heredero más próximo *ab intestato*. Al comienzo la *bonorum possessiones* confirmaba el Derecho civil, favoreciendo el éxito del heredero y le permitía, cuando le era concedida, ponerse en posesión de los bienes hereditarios, por medio de un edicto especial, llamado *quorum bonorum*, asegurándose de ésta manera, el papel más fácil de demandado. Más tarde y en ausencia de herederos, el pretor concede a los cognados a *bonorum possessio*, completando de ésta manera el Derecho civil e impidiendo que la sucesión quedase vacante. En fin, al principio del Imperio llegó hasta corregir el Derecho civil, dando la *bonorum possessio* en presencia de herederos a personas a las cuales la ley no reconocía ningún derecho. — Conf. E. PETIT: Obra citada, página 609 y siguientes.

En la India no se conoció el testamento; en consecuencia la sucesión obedecía solamente a las reglas civiles. Sólo los varones heredaban, pero no en proporciones iguales. Corno es sabido, el primogénito además de una parte igual a los demás herederos, tenía a su favor una reserva legal, igual al vigésimo; el que le seguía en el orden de edad era dueño de una reserva del cuadragésimo, y así sucesivamente. Las hijas no heredaban propiamente, pero tenían derecho a una parte de los bienes de sus hermanos; era

Interpretando la *Mishná* que acabamos de transcribir, dice el Rashbam: Los parientes que, según la *Mishná*, heredan, no heredan sino en el caso de que no hay parientes más próximos que ellos; ejemplo: el hermano hereda a su hermano muerto, si éste último no ha dejado descendencia. La *Mishná* dice que la madre no hereda a su hijo, ni los parientes del lado materno; si no hay parientes más próximos del lado paterno y si la madre es también pariente del lado paterno, ella puede heredar al hijo. Verbigracia: Rubén ha casado con Sara, hija de su hermano Asher (sobrina del cónyuge); de este matrimonio nació Naphtali, que ha fallecido sin dejar hijos; la herencia de Naphtali pasa entonces a Rubén; si Rubén ha fallecido, pasa a los hijos de Rubén, si Rubén no tiene hijos, pasa a su hermano Asher, si Asher ha muerto y no ha dejado más que a su única hija Sara, esta Sara heredará a su hijo.

Otra *Mishná*, del mismo Tratado, establece el orden de sucesión *ab intestato*. Dice la *Mishná*: Si un hombre muere sin dejar hijo, dareis su herencia a la hija; si no ha dejado hija, la daréis a sus hermanos; si no hay hermanos, la daréis a los hermanos de su padre ²⁶. La hija no hereda, si hay hijo; por ejemplo: si Jacob muere y deja dos hijos: Rubén y la hija Dina, Rubén hereda solo; si Rubén muere, sus bienes pasarán a los hijos o nietos de Rubén; si Jacob no ha dejado hijos, sus bienes pasarán a Dina y Esaú, el hermano de Jacob no hereda; si Dina muere, la herencia pasa a los hijos y nietos de Dina; si Jacob no ha dejado hijos, la herencia pasará a Esaú, su hermano; e Ismael, padre de Jacob, no heredará; si Esaú muere, la herencia de Jacob pasará a los hijos y nietos de Esaú, e Isinael no heredará. REGLA GENERAL: *si un individuo tiene la prioridad sobre otro, sus hijos y sus nietos* (hasta

norma que cada hermano heredero le otorgase, a título de donación y como dote, una cuarta parte de los bienes obtenidos en la sucesión. Se trata en todo caso de hermanas solteras, pues las casadas no tenían acceso al patrimonio de su difunto padre. La esposa contaba con su peculio propio y todo cuanto había obtenido, por donación del cónyuge premuerto, o de sus parientes consanguíneos.

Debe aclararse que de acuerdo al Derecho indo, según la casta a que perteneciesen los herederos, tal había de ser a proporción en la distribución de los bienes. Su derecho sucesorio se hallaba profundamente impregnado de la desigualdad de categorías y de clases sociales que regía toda la vida social.

En el viejo Egipto —a estar a la opinión de DARESTE— "los hijos sucedían a sus padres, sin distinción de sexo, y, en general, por iguales proporciones, salvo una mejora en favor del mayor. Pero esa mejora es realmente una indemnización. Responde a que el hijo mayor está encargado de representar la sucesión en tanto que permanece indivisa, y de hacer la partición entre todos los derechohabientes".

²⁶ *Números*. Capítulo xxvii, versículos 8 y 10.

la centésima generación) *tienen también la prioridad sobre el otro*. Si Rubén muere, su padre Jacob tiene la prioridad sobre sus hijos (excepto —dice Rashbam— los hijos o los nietos de Rubén, quienes tienen la prioridad sobre Jacob).

Otra *Mishná* (fol. 122) establece: La hija que no tiene hermano, tiene el mismo derecho que el hijo sobre la herencia de su padre o sobre la de su madre; el hijo primogénito toma dos partes en los bienes de su padre, pero no toma más que una en los de su madre. Cuando el padre dejaba bienes a sus herederos, podía llegarse a la situación que las hijas pueden reclamar su manutención de los bienes paternos ²⁷; pero si la madre dejaba bienes, sus hijas no podían esperar nada, habiendo quedado un hijo.

Ya hemos explicado, precedentemente, el pasaje talmúdico a que nos referimos: previa la evolución jurídica promovida por los doctores rabínicos, las mujeres llegaron a heredar, en ausencia de los hijos varones, ya se trate de los bienes paternos como de los maternos. El primogénito sólo tenía dos partes sobre los del padre, siempre que se trate de bienes que estaban bajo la posesión del difunto, a la fecha de su fallecimiento; no de los acrecidos, ni de los intereses; con respecto a los bienes heredados de la madre, el primogénito sólo tenía una parte, igual que los demás hermanos. Las hijas, habiendo hermanos varones, podían reclamar alimentos y la dote; en cuanto a ésta última, le correspondía un décimo del total de la herencia.

Una *Mishná* dispone que si un individuo dice: Mi primer nacido no tomará dos partes o, bien, si dice: Tal de mis hijos no heredará con sus hermanos, éstas palabras son nulas, porque son contrarias a la ley escrita en el *Pentateuco*. Si un enfermo, sintiéndose morir, ha hecho verbalmente la partición de sus bienes entre sus hijos, acordando a uno más que al otro, o si entrega a su primogénito la misma parte que a los otros hermanos, estas palabras son válidas (porque se puede donar, dice el Raschbam ²⁸, los bienes a quien se quiere); pero si ha dicho que los da como herencia, sus palabras son nulas. Si hace un acta poniendo al comienzo, o en el medio, o al fin, la palabra *mataná* (donación), entonces su distribución es válida.

La explicación de los preceptos de la *Mishná* está dada en la invariabilidad de las disposiciones de la ley, por medio de la voluntad de los individuos. La prohibición de modificar el orden de los sucesores, era rigurosa. Ya se dejase dicho o se anotare en tes-

²⁷ *Tratado Ketubót*.

²⁸ RASCHBAM, uno de los tres ilustres nietos del célebre Raschi, comentarista de la Biblia; siendo los otros dos: Ribam y Rabenu Tarn.

tamento, cualquier disposición de los bienes que no fuere a favor de los herederos forzosos, era insanablemente nula. Pero "aunque es verdad —dice Pastoret— que la institución de heredero en una persona extraña, habiendo por otra parte herederos legítimos, se hallaba prohibida por la ley, es igualmente cierto que al padre y a cualquier otro le era permitida la donación, por cuyo medio era muy fácil eludir la ley, enajenando los bienes, que en sustancia venía a ser lo mismo que desheredar a quien tenía derecho legítimo a la sucesión; bien que si el padre donase a uno de sus hijos, su donación no producía otro efecto que darle la propiedad de la parte que le correspondía, quedando constituido en el mismo hecho curador o administrador de las porciones de sus hermanos"²⁹.

Pero los abusos que se cometen contra la ley no significan que la ley sea mala o injusta; es lo cierto que la Ley talmúdica, y en cierto modo la Ley bíblica, procuraron asegurar que la voluntad del individuo no despojare a quien tenía legítimo derecho para mejorar la suerte de un igual mediante la entrega de una cuota mayor en el haber hereditario. Una *Mishná* (fol. 130) expresa: Si un enfermo, que tiene una hija y un hijo, dice: Tal individuo heredará mis bienes; o si un enfermo, que tiene un hijo, dice: Mi hija heredará mis bienes, sus palabras son nulas (a menos que le dé los bienes a título de *mataná*, donación), porque hace una disposición contraria a la ley escrita en el *Pentateuco*. Porque —dice rabí Iojanán: Si el enfermo dice de un individuo que tiene una parte en la herencia que éste individuo herede todos mis bienes (con exclusión de todos los coherederos), sus palabras son válidas; pero si ha dicho del individuo que no tiene ninguna parte en la herencia, sus palabras son nulas.

Como se advierte, la Ley talmúdica sigue, en sus líneas generales, las reglas del *Pentateuco*, prohibiendo toda disposición de voluntad que sea contraria a la Ley mosaica. La desheredación está absolutamente prohibida, cualquiera sea el móvil o el motivo, y todo aquello que signifique despojar a un heredero, es contrario a la ley; si bien gozando de plena libertad para disponer del patrimonio, el autor de la sucesión puede dejar, por donación, los bienes a quien le plazca. Pero respecto de las donaciones que se hacían por causa o recelo de muerte —hallándose enfermo de cuidado el jefe de la familia— eran nulas, si comprendían la totalidad de los bienes. Pero eran válidas, si el donante se reservaba alguna parte de sus bienes, porque se presumía, en este caso, que no había perdido la esperanza de recobrar la salud³⁰.

29 PASTORET: Obra citada, página 222.

30 En Roma, conforme al mandato de la Ley de las Doce Tabas, la

Ahora bien, el Talmud establece las normas que debían seguirse cuando un individuo pretendía asignarle a otro la calidad de heredero *per se*, afirmando que tal o cual era su hijo, su hermano, etcétera. Dice la *Mishná* (fol. 134) al respecto: Si un individuo afirma: Tal hombre es mi hijo, es creído; si dice: Tal hombre es mi hermano, no es creído, pero le dará una parte de su herencia. Por ejemplo: Rubén y Simón son dos hermanos, que heredan de Jacob tres campos; viene Lévy, que dice también ser hijo de Jacob. Rubén dice que es, en efecto, su hermano, pero Simón lo niega; en este caso Rubén no es creído para obligar a dar a Levy la mitad de un campo, pero Rubén le dará la mitad del campo que ha tomado por su parte y que pertenece a Levy. Si Levy muere después de haber tomado la mitad del campo, esta mitad será recuperada por Rubén. Si Levy adquiere otros bienes y muere en seguida, lo hereda, porque Levy mismo ha declarado que es su hermano.

Otra *Mishná* prescribe: Si un individuo ha hecho de su campo donación a uno de sus hijos, bajo la condición que tendrá el usufructo hasta la muerte, puede cosechar los frutos y dárselos a quien mejor le parezca; si ha dejado al morir frutos cosechados, estos pertenecen a todos los herederos. Si un individuo deja al morir hijos grandes y pequeños, estos pueden decir que no quieren que los grandes se mantengan como ellos, de la caja común, porque la manutención de los grandes es más costosa que la de los pequeños. Los grandes, a su vez, pueden decir que no quieren que los pe-

voluntad del jefe de la familia era absoluta, con facultad de vida y muerte sobre los hijos. Pero a fin de disminuir la potestad paterna, se instituyó la obligación del testador, cuando éste tenía hijos bajo su autoridad, de expresar en su testamento, de una manera clara y precisa, su voluntad de desheredarlos. En caso contrario y en la hipótesis de que el padre dispusiera por testamento de sus bienes en favor de terceros, sin mencionar a los hijos, el acto se consideraba insanablemente nulo.

En efecto, el Título XII de las Institutas de Justiniano, dispone bajo el acápite *De la desheredación de los hijos*, que es preciso que el que tiene un hijo bajo su potestad, tenga cuidado de instituirlo heredero o desheredarlo nominalmente, porque si lo ha pasado en silencio, el testamento será nulo, y de tal modo nulo, que si el hijo muriese antes de su padre, nadie podrá ser heredero en virtud de este testamento. Y respondiendo a las líneas formalistas y sacramentales, que caracterizan el Derecho romano, al referirse a la forma en que debe hacerse la desheredación o institución del heredero, dice el Código romano: "A desheredación se hace nominalmente cuando se dice: *Que mi hijo Ticio sea desheredado*, o simplemente: *Que mi hijo sea desheredado*", sin necesidad de agregar el nombre, siempre que no hubiese otro hijo.

La misma ley establecía la obligación de instituir o desheredar expresamente a los hijos póstumos.

queños se sustenten con ellos de la caja común, porque la manutención de los pequeños es más costosa que la de los grandes. Si los grandes contrajeron matrimonio a expensas de la herencia común, los pequeños se casarán también a costa de la caja común. Si los grandes han contraído matrimonio antes de la muerte del padre, los pequeños no pueden decir: nosotros tomaremos de la caja común para casarnos el equivalente de lo que nuestro padre os ha dado a vosotros; porque lo que el padre ha dado a uno de sus hijos, no se toma en cuenta para la herencia. Es igual cuando el padre no ha dejado hijos, sino hijas. Si ha dejado hijas grandes y pequeñas, las pequeñas pueden rehusar a las grandes vestirse a costa de la caja común y las grandes pueden rehusar a las pequeñas alimentarse de la caja común; se hará entonces la partición y cada una vivirá de su parte. Si las grandes se han casado a expensas de la herencia común, las pequeñas contraerán matrimonio también a costa de la caja común; si las grandes se han casado antes de la muerte del padre, las pequeñas no pueden decir: tomaremos de la caja común para casarnos el equivalente de lo que nuestro padre os ha dado. Se ve entonces que en el caso en que las hijas son herederas (cuando no hay hijos), es semejante al caso en que son los hijos los que heredan. Pero, sin embargo, existe una diferencia: Si son hijos los que heredan, estos están obligados a dar la manutención a las hijas, en virtud de la cláusula de la *ketubá*, donde el marido ha escrito a su mujer: Las hijas que tendrás de mí, serán alimentadas de mis bienes... Pero si las hijas son herederas, esta cláusula de la *ketubá* no es aplicable.

La Ley talmúdica se esmera, según se ha visto, en establecer un necesario equilibrio en la familia. Cuando todos los herederos son mayores de edad, no existe inconveniente jurídico ni práctico en que los bienes dejados por el autor de la sucesión se conserven, indefinidamente, en forma de masa indivisa. Los problemas sobrevienen cuando hay mayores de edad y pequeños, ya se trate de varones solos o de mujeres solas; en estos casos se autoriza a cualquiera de ellos a reclamar la partición, para evitar abusos o desconfianzas entre los hermanos. Cuando quedaban herederos mayores y menores, los mayores ejercían la administración de los bienes; para eludir los inconvenientes que pueden surgir de la administración de bienes ajenos, la ley se preocupó de disponer la partición de inmediato; así cada heredero, mayor o menor, podía gozar y usar de su parte alícuota.

Según una *Mishná* del *Tratado Babá Batrá* ³¹, si un individuo deja al morir hijos e hijas, y ha dejado muchos bienes, o bienes

31 *Tratado Babá Betrá*, Perek IX.

suficientes, los hijos lo heredan y las hijas se nutrirán de esos bienes (en virtud de la cláusula de la *ketubá*); si ha dejado pocos bienes o bienes insuficientes, las hijas se nutrirán de esos bienes, y no los hijos, aun cuando estuvieran obligados a mendigar su pan.

Para aclarar el alcance de la *Mishná*, la *Guemará* explicó que al referirse a *bienes suficientes* se quiere decir bienes para mantenerse durante doce meses; cuando se dicen *muchos bienes*, se debe entender que los bienes deben ser suficientes para mantener a los hijos y a las hijas hasta la segunda mayoría de éstas. Entiéndese por *pocos bienes* los que no son suficientes para la manutención durante este plazo.

Otra *Mishná* establece: Si un individuo ha dejado al morir hijos grandes y pequeños, si los grandes han mejorado los bienes de la herencia, las mejoras pertenecen a todos los herederos, por igual, a los pequeños como a los grandes; si los grandes han dicho: He aquí lo que nuestro padre nos ha dejado, nosotros hemos trabajado por nuestra cuenta, los beneficios de los trabajos les pertenecen. De igual modo, si la viuda (que es heredera, dice la *Guemará*; ejemplo: Rubén ha desposado la hija de su hermano Simón: Simón ha muerto dejando varias hijas; Rubén ha muerto sin dejar hijos; la viuda y sus hermanos heredan entonces a Rubén), si la viuda, decimos, ha mejorado los bienes de la herencia, las mejoras pertenecen a todos los herederos, a ella y a sus hermanas. Pero si la viuda ha dicho: He aquí lo que mi marido me ha dejado, yo voy a trabajar por mi cuenta, los beneficios del trabajo le pertenecen.

El caso planteado corresponde al de aquellos herederos (mayores) que no han efectuado trabajos personales, ni invertido su dinero, sino que han efectuado mejoras en los bienes con dinero de la herencia; en consecuencia, las mejoras corresponden a todos por igual. Si las hubieran realizado con su trabajo personal y con dinero propio (aunque forme parte de la herencia), es obvio que las mejoras les pertenecen a ellos solos. La situación de la viuda es análoga.

Prosigue la *Mishná* señalando que si uno de los hermanos herederos que viven en común, no habiéndose hecho la partición de bienes, ha sido tomado para el servicio del rey, los beneficios o las pérdidas (según el *Talmud Jerusalmi*), son distribuidos entre los hermanos. Si uno de estos hermanos se ha atraído (por su falta, dice la *Guemará*) una enfermedad, sus hermanos no están obligados de contribuir a los gastos de su tratamiento. La *Guemará* hace una interesante discriminación al respecto: Si uno de los hermanos

que gozan de la comunidad de la herencia (pro-indivisión) ha sido nombrado recaudador o guerrero y si este nombramiento no se debe a su capacidad personal, sino a la costumbre de nombrar uno de los miembros de determinadas familias, todos los hermanos se dividen los beneficios ; pero si el nombramiento es debido a la capacidad personal del designado, los beneficios le pertenecen solamente a él. En cuanto a la enfermedad contraída por un hermano cuyo tratamiento no es pagado de los bienes de la herencia, se trata, según la *Guemará*, de una dolencia adquirida por culpa o falta del paciente; de otro modo, los gastos de curación provenían de los bienes comunes.

Una *Mishná* (fol. 146) del Tratado ya citado, dispone: Si un enfermo da a un extranjero todos sus bienes con excepción de un pequeño campo (si no ha dicho —agrega el Raschbam— que lo ha hecho porque va a morir), la donación es válida. Pero si ha dado todo sin dejar nada para sí, se puede anular la donación; porque él puede decir: Yo he donado todos mis bienes porque creí que iba a morir; puesto que yo he donado todo sin dejar nada para mí.

La *Guemará* interpreta este pasaje como que en cada caso deben apreciarse las circunstancias para determinar la validez de una disposición total de los bienes. Refiriéndose a los requisitos para la validez de las donaciones, ya se trate de un enfermo o de un individuo plenamente sano, el Talmud registra contradictorias opiniones de los doctores. Según rabí Eleazar, el donatario no puede adquirir los inmuebles sino por los medios ordinarios, es decir, por dinero (precio, por el acta escrita o por la toma de posesión *hazaká*) y los muebles no se adquieren sino por la *meshiká*. Los otros doctores sostienen que en la distribución efectuada por un enfermo al donatario no tiene necesidad de estos medios, debiendo respetarse en todos los casos, la voluntad del donante.

El Talmud plantea numerosas situaciones hereditarias que son resueltas de acuerdo con los principios generales y las opiniones dominantes. La ejemplificación acompaña generalmente el caso traído, a fin de orientar e ilustrar a la opinión de los encargados de distribuir justicia. Así, por ejemplo, una *Mishná* (fol. 157) establece: Una casa se ha derrumbado sobre Rubén y sobre su padre Jacob o sobre su hermano Simón, que no tenía hijos y de quien Rubén debía ser heredero. Jacob o Simón ha dejado bienes; Rubén ha dejado deudas a pagar a un acreedor o una viuda que reclama la *ketubá*. Los herederos de Jacob dicen que Rubén ha muerto antes de su padre, en consecuencia él no ha heredado nada y el acreedor de Rubén o su viuda carecen de derecho alguno sobre

los bienes de Jacob. El acreedor o la viuda dice que Jacob ha muerto antes de Rubén, quien ha heredado a su padre. La Escuela de Shamaï sostiene que en este caso se divide la herencia entre el acreedor o la viuda de Rubén y los herederos de Jacob. La Escuela de Hilel opina, contrariamente, afirmando que los bienes pertenecen a los herederos de Jacob, cuyos derechos son ciertos, porque ellos heredan a Jacob o a Rubén; mientras que los derechos del acreedor o de la viuda son inciertos, puesto que ellos no tienen valor más que si Jacob hubiera muerto el primero.

Otro caso traído por la *Mishná* (fol. 158) dispone: Una casa se ha derrumbado sobre un hombre y sobre su mujer que no han dejado hijos, pero la mujer ha dejado bienes y el derecho sobre una *ketubá*. Los herederos del marido (sus hermanos) dicen: La mujer ha muerto antes que el marido haya heredado los bienes de ésta, por consiguiente, ellos heredan de su hermano los bienes de su mujer. Los herederos de la mujer (su padre, etcétera) dicen: El marido ha muerto antes de la mujer que ha adquirido el derecho a la *ketubá* y a sus bienes, por consiguiente, ellos heredan de la mujer sus bienes y el derecho a la *ketubá*. La Escuela de Shamaï dice que todo debe ser dividido por partes iguales entre los herederos del marido y los de la mujer. La Escuela de Hilel sostiene que los bienes de la mujer deben ser considerados como pertenecientes a los que los han poseído; la *ketubá* pertenece a los herederos del marido, es decir, que los herederos de la mujer no pueden reclamarlos, ni pueden probar que la mujer era viuda; los bienes *melog* de la mujer pertenecen a los herederos de ésta.

La *Guemará* aclara el sentido del precepto. Los bienes pertenecen a aquel que los ha poseído, significa, a los herederos del marido, que podían disponer de ellos y venderlos, a la muerte del cónyuge masculino.

Otra *Mishná* plantea el siguiente caso: Una casa se ha derrumbado sobre un hombre y sobre su madre; la madre no tiene hijo; y ella tiene bienes. El heredero de la madre (su hermano) dice: El hijo ha muerto antes que la madre, en consecuencia, no la hereda. Por esto yo debo heredar los bienes de la mujer que era mi hermana. El heredero del hijo (si había un hermano del padre, por ejemplo) dice: La madre ha muerto antes del hijo, el que ha heredado de ella. Por consiguiente, yo heredo de mi hermano los bienes de su madre. En este caso, las Escuelas de Shamaï y de Hilel se pusieron de acuerdo en que los bienes debían dividirse entre el heredero de la madre y los del hijo.

Una *Mishná* del mismo Tratado talmúdico ³² trae este caso:

³² *Tratado Babá Batrá*, Perek X.

Dos hermanos han heredado de su padre una casa de baños o una prensa; uno de los hermanos es pobre y el otro es rico. Si estos objetos son para alquilar, ambos se parten los beneficios; pero si no hay interesado, o el padre los ha construido para su propio uso, el hermano rico puede hacer uso de la casa de baños para su familia y para sus numerosos domésticos, y si su hermano se queja de que él solo haga uso de la herencia común, él puede decirle: Compra esclavo y has uso como yo de la casa de baños, o compra olivos y has uso como yo de la prensa; no es culpa mía que tu no tengas medios para hacer uso de la herencia como yo.

5. —DISPOSICIÓN DE LOS BIENES POR TESTAMENTO.
— Según la Ley bíblica, los hebreos no podían disponer de sus bienes, muebles o inmuebles, en forma ilimitada y perpetua. Ya sabemos que todos los contratos, verbales y escritos, sobre transacciones, asumían un carácter meramente temporario, supeditados a un plazo determinado y fatal en que los compromisos se deshacían y los bienes objeto de los mismos, se retrotraían al propietario originario. En materia de sucesiones ningún acto tenía validez absoluta si no se ajustaba a las leyes en vigor.

En consecuencia para los hebreos primitivos la libertad de disponer de los bienes para después de la muerte del titular, era desconocida. A lo sumo cabía disponer de los bienes muebles, ya que ninguna disposición legal lo prohibía; en términos generales, para los israelitas los objetos muebles carecían de valor de importancia. Esto no ocurría con los inmuebles. La razón de esta diferencia radica en que dado el carácter de pueblo agricultor que asumió el de Israel, toda la riqueza patrimonial y las más importantes transacciones radicaban en la tierra, de la que se extraía el fruto placentero.

De manera que en la época bíblica la disponibilidad de la propiedad raíz *post mortem* era poco menos que ignorada, sino prohibida por la ley en vigor. Debió sobrevenir una profunda transformación social en la vida de los hebreos para que cambiase la mentalidad y la orientación jurídica en general. Un elemento nuevo, poderoso e inevitable sobrevino para cambiar totalmente el panorama y este elemento, fue la caída de Jerusalén en manos del invasor y la consiguiente dispersión de las tribus.

Habiendo desaparecido el factor territorial, habrían de esfumarse también numerosas instituciones que si tenían justificación de vida en la organización estatal o nacional, carecían de toda razón en la *diáspora*. Y así, algunas modalidades del Derecho hebreo desaparecieron; algunas hasta el día presente y otras probablemente hasta *la hora del retorno*.

Si existía un motivo poderoso para inmovilizar la propiedad inmueble en el seno de la tribu, con miras a asegurar la estabilidad económica y política, éste motivo se desvaneció cuando los israelitas abandonaron la tierra que Dios les había señalado y el rigor del precepto bíblico hubo de ceder su lugar a nuevas normas y leves acomodadas a las perspectivas también nuevas de Israel. Así nos hallamos con que la prohibición de disponer por testamento, que estaba implícita en la Ley bíblica, fue reemplazada en el concepto del Talmud y de los doctores rabínicos por una amplia libertad de disponer como cada persona entendía. La Ley rabínica, posterior a la dispersión había suprimido el Jubileo y, en consecuencia, las transacciones sobre bienes raíces se hicieron irrevocables.

Y merced a esta orientación se podía comprometer los bienes raíces para después de la muerte sin restricciones, e incluso para destinarlos a los extranjeros; la prohibición de desheredar convirtióse en un simple recuerdo del pasado; la igualdad hereditaria entre los parientes del mismo grado se transformó en un mito... Los doctores rabínicos censuraban al padre que había desheredado al hijo, pero no por eso desconocían la validez del testamento en que aquel despojo era consumado. Y es justamente la Ley rabínica la que, con el correr del tiempo, asignó a la práctica testamentaria el carácter sagrado e inviolable que aun hoy conserva entre los pueblos.

El Talmud es generoso en la previsión de normas para asegurar la más amplia libertad de testar. De este modo introdujo una auténtica moralización en la amplia disposición de los bienes patrimoniales; ya no era necesario acudir a simulaciones ni a disfrazar los actos jurídicos, para dejar a quien se quisiera el fruto del trabajo.

La Ley talmúdica involucra el testamento dentro de las sucesiones, de manera que numerosos preceptos se aplican a la herencia *ab intestato* y a la testamentaria. Pero existen algunas disposiciones especialmente relacionadas con los testamentos, que merecen ser analizadas.

El *Tratado Babá Batrá* trae una *Mishná* que dice: Si un individuo ha muerto y se encuentra un testamento suyo, este documento no tiene ningún valor, y no da ningún derecho a la persona que ha sido designada como beneficiaria. Pero si el causante sintiéndose enfermo ha dicho a la persona: Cuanto tú recibas de mi este documento, los bienes que están designados serán adquiridos por ti, que la persona sea heredera o no, los bienes son adquiridos por ella.

La *Guemará* analiza el pasaje talmúdico y dice: Se lee en una *beraitá*: ¿Qué es una *diatheké*, *testamento*? Es un acta en la cual está escrita la fórmula *da thehe laméka velihajoth*, esto permanece irrevocable después de mi muerte (es decir, que las palabras del testamento son irrevocables y válidas por ellas mismas, sin haber necesidad de ningún medio para validarlas).

Una *Mishná* (fol. 136) del 3^a citado libro expresa: Si un hombre que goza de buena salud quiere hacer de sus bienes una donación a sus hijos, con la condición de que ellos no tendrán el usufructo sino después de su muerte, es necesario que escriba: "A partir de hoy y después de mi muerte"; esto quiere decir, que el capital les pertenece desde hoy, pero que no tendrán el usufructo sino después de la muerte (si no escribe "a partir de hoy" escribiendo solamente: "Yo os hago donación de los bienes para que ellos os pertenezcan después de mi muerte", la donación es nula, porque no se puede —dice el Raschbam— hacer una donación para después de la muerte); esta es la opinión de rabí Judá. Rabí José dice que no es necesario escribir *a partir de hoy*³³. Si un individuo hace donación de sus bienes a su hijo, para que posea de inmediato el capital y el usufructo después de la muerte de su padre, el padre no puede venderlos, porque los bienes pertenecen al hijo (que es propietario del capital); el hijo no puede venderlos porque están en tenencia del padre (quien tiene el usufructo). Si el padre los ha vendido, la venta es válida hasta su muerte; si el hijo los ha vendido, el comprador no tiene derecho sobre los bienes sino después de la muerte del padre.

La *Guemará* trae la opinión de los doctores, refiriéndose a los derechos que corresponden al hijo, que tiene el capital de los bienes y los ha vendido en vida de su padre (quien tiene el usufructo), y si el hijo ha muerto inmediatamente antes del padre, la venta es nula, porque el hijo no ha poseído nunca los bienes, por haber fallecido antes del progenitor; en vida de éste, teniendo el usufructo, es el verdadero propietario. Otros doctores afirman que la venta que de los bienes donados haya hecho el hijo, en vida del padre, es válida, después de la muerte del padre, no admitiendo de que se deba considerar al padre (quien tiene el usufructo) como el verdadero propietario, como si tuviera el capital; es el hijo, el verdadero propietario, aun en vida del padre.

Otra *Mishná* dispone: Si un individuo ha hecho donación de

³³ La lógica de rabí José es ésta: Cuando se escribe la fecha del acta (o testamento), se comprende que es para que la donación comience a partir de hoy. Por lo que no corresponde hacer discriminaciones sobre si éste dato figura o no en el testamento.

su campo a uno de sus hijos con la condición de que él tendrá el usufructo hasta su muerte, él puede cosechar los frutos y donarlos a quien le parezca; si ha dejado al morir frutos cosechados, estos pertenecen a los herederos.

La *Guemará* interpreta que, según el pasaje talmúdico, si el padre ha dejado productos no segados o frutos no cosechados, estos pertenecen al hijo que ha recibido la donación y no a los otros hijos.

A fin de determinar la naturaleza de un acto, si se trata de un testamento o de una donación entre vivos, una *Mishná* establece cuál es la norma discriminatoria: Se presenta un acta en la cual se encuentra que Rubén ha hecho donación de *todos* sus bienes a Simón; en esta acta no se encuentra ni la fórmula de un testamento, ni la de una donación entre vivos. Rubén dice que estaba enfermo cuando ha hecho esta donación y que la hizo para el caso de muerte, sin reservarse nada; por consiguiente, estando sano, puede anular la donación. Simón dice, al contrario, que Rubén no se hallaba del todo enfermo cuando hizo la donación y que, por consiguiente, no puede anularla. En este caso. Rubén debe probar que estuvo enfermo; esta es la opinión de rabí Meyer. Los otros doctores arguyen: es el que reclama alguna cosa, quien debe apoyar el reclamo con pruebas.

6. — EL TESTAMENTO EN ROMA. — Una vez que los jurisconsultos romanos admitieron el testamento, fundado en las disposiciones de las Doce Tablas, lo rodearon de una serie de formalidades y reglas. Desde luego, la libertad de testar se limitaba a una parte de los bienes, no al patrimonio íntegro. El jefe de la familia podía disponer en forma tal que no afectase el derecho de los herederos naturales. El resto de sus bienes pasaba a los *heredes sui*, y si ellos no existían, el testador designaba a un ciudadano para que recogiese la *familia* después de su muerte, sometiendo esta elección a la aprobación de los pontífices y de las curias. En defecto de ésta designación, la Ley de las Doce Tablas atribuía la *familia* a los agnados y a los gentiles del difunto.

De acuerdo con las reglas de las Doce Tablas los herederos *ab intestato* sólo podía obtener la sucesión no habiendo herederos testamentarios.

En cuanto a la forma, Roma reconoció dos tipos distintos de testamentos: 1º El testamento *calatis comitiis*, en tiempos de paz, y 2º El testamento *in procinctu*, en tiempos de guerra. En el primer caso, el testamento se solemnizaba en presencia de los pontífices, delante de los comicios, por curias especialmente convocadas

a este efecto; en el segundo, el acto se formalizaba delante del ejército equipado y bajo las armas.

Los inconvenientes emanados de éstas formas harto complejas, fueron eludidos con la institución del testamento *per æs et libram*, consistente en la mancipación de los bienes patrimoniales de familia a favor de un amigo, encargándole la ejecución de las liberalidades que destinaba a otras personas; posteriormente se conoció el denominado testamento *per æs et libran* perfeccionado que eliminó los inconvenientes del anterior, comprendiendo dos operaciones distintas: a) La *mancipatio*; el antiguo *familia, emptor* (la persona a quién se dejaba el patrimonio con encargo de distribuirlo) manifestaba el propósito de adquirirlo en compra, no para guardarlo sino a título de depósito y para prestarse a la confección del testamento; b) La *nuncupatio*, o declaración que hace el testador, teniendo en la mano las tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias.

Pero no fue ésta la última forma testamentaria que conociera Roma. Durante el Derecho pretoriano se simplificaron las formalidades testamentarias y de la fusión de las reglas del Derecho pretoriano, y de la Ley civil surgió un nuevo tipo de testamento: el testamento *tripertitum*: habiendo escrito el testador de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones; cada testigo, lo mismo que el testador, pone su *subscriptio* debajo del testamento, cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y escribiendo su nombre cerca del sello. Esto debía cumplirse todo en un acto, *uno contextu*³⁴.

¿Quiénes gozaban en Roma de la capacidad de dejar una sucesión testamentaria? En principio, sólo los ciudadanos romanos, estando excluidos los peregrinos, los *latinos junionos*, los *dedicticios*, los esclavos, las mujeres *ingenuas sui juris*, los hijos de familia, las mujeres in *manu*, los impúberos (porque carecen de juicio), los locos (porque carecen de razón), los pródigos a quienes se les haya quitado la administración de sus bienes, los ciegos, los sordomudos y los cautivos mientras dura su cautividad.

34 E. PETIT: Obra citada, página 520 y siguientes.

CAPÍTULO XXV

DE LOS JURAMENTOS

SUMARIO: 1. *Importancia concedida al juramento.* — 2. *Modo de prestarse el juramento.* — 3. *Casos en que debía prestarse juramento.* — 4. *Importancia asignada al juramento.*

1. —IMPORTANCIA CONCEDIDA AL JURAMENTO. — Una legislación que se funda sobre la ética y la moral; que procura afirmar la regla de la justicia por sobre todas las cosas; que fomenta y estimula los sentimientos de la solidaridad entre los individuos, sean o no del mismo credo, o del mismo país, debía asignarle real trascendencia a los votos y a los juramentos.

El juramento es una prueba exclusivamente moral, prueba por sí sola, sin auxiliares y presupone la existencia de una confianza colectiva sobre la veracidad y el honor de los individuos. Mientras existió el temor a Dios y la sujeción a las voces interiores de la conciencia, el juramento pudo adquirir caracteres de una verdadera prueba. Y es por esto que, a medida que los vínculos religiosos se fueron haciendo cada día más débiles, la humanidad fue abandonando también el respeto por los juramentos; ya que incluso es admisible adular o alterar la verdad, ante el tribunal, afirmando lo que es falso y falseando lo que es verdadero...

La Ley talmúdica asigna especial importancia al juramento. En efecto, conforme a una norma del *Tratado Shevuót* (fol. 38), se establece: El tribunal obliga al demandado a prestar juramento, si éste ha reconocido adeudar una parte de lo que su adversario reclama. A los fines de la validez del juramento, agrega el mismo texto, la reclamación debe tener al menos un valor de dos *maot* (piezas de moneda de plata), y el que debe declarar el valor de por lo menos una *perutá* (la más pequeña unidad de moneda de cuero). Si el demandante reclama una cosa y la confesión del demandado versa sobre otra, el demandado no está obligado a pres-

tar juramento. Verbigracia: Si el demandante reclama dinero correspondiente a dos *maot*, y el demandado confiesa adeudar dinero correspondiente a una *perutá* de cuero, no debe prestar juramento. Si el demandante reclama el dinero correspondiente a dos *maot* y una *perutá* y el demandado reconoce adeudar solamente una *perutá*, éste último debe prestar juramento, de que no adeuda las *maot*. Pero si el demandante reclama cien *zuzes* y el demandado declara no adeudar nada, éste queda liberado sin juramento; ahora, si el demandado confiesa no adeudar más que cincuenta *zuzes* debe prestar juramento de que no debe más. Si el demandante dice: Tu debías a mi padre cien *zuzes* y si el deudor manifiesta que no le debía más que cincuenta, queda liberado sin juramento puesto que es considerado como un hombre, que habiendo hallado lo que alguien había perdido, lo devuelve, ya que pudo haber negado todo, y el demandado, voluntariamente, le reconoció cincuenta *zuzes*.

Prosigue la *Mishná*: Si un individuo dice a otro: tu me debes cien *zuzes*; si el otro dice (delante de testigos) que sí, y si más tarde el demandante le reclama el pago, pero si el demandado alega haberlo pagado, es liberado; si el dice, al contrario, que nunca le adeudó nada, es condenado al pago (puesto que ha dicho en presencia de testigos que debía dinero). Si el demandante dice: Tu me debes cien *zuzes* y el otro dice que sí; si posteriormente el demandante dice: tú me los pagarás en presencia de testigos, y más tarde le reclama el pago, afirmando el demandado que ya los pagó, es condenado puesto que debía pagar delante de los testigos.

La Ley rabínica niega la obligación de prestar juramento para la reclamación de un sordomudo (que era considerado como un incapaz de hecho), de un loco o de un menor. No podía obligarse al menor a prestar juramento; pero se prestaba juramento por un menor y por las cosas sagradas.

2. — MODO DE PRESTARSE EL JURAMENTO. — ¿Cómo debía formularse el juramento a que se refiere la ley? Según algunos doctores, la fórmula debía estar inspirada en el precepto de la Escritura: *Y te juramentaré por Jehová, Dios de los cielos y Dios de la tierra*¹. Otros doctores afirman que es necesario pronunciar el nombre único y especial de Dios (es decir, Jehová), en contradicción con aquellos que admiten ser suficiente dar alguno de los sobrenombres del Altísimo. Para ciertos doctores es indispensable, asimismo, que el que jura debe tener en su mano una cosa sagrada: el *Pentateuco*, o los *tefilín* (filacterias), por ejemplo, llegándose

¹ Génesis, capítulo XXIV, versículo 3.

a sostener que el acto es nulo si simultáneamente con pronunciar el sagrado nombre no se tiene en la mano la cosa sagrada.

Una prescripción *mishnaica* establece que no es indispensable prestar juramento en la lengua del país; puede hacerse en aquella que comprende el que lo presta. No existió uniformidad en cuanto a la exigencia requerida por algunos doctores, de que el que jura debe permanecer de pie; es lo cierto que en esta materia se admitió que el del juramento puede permanece sentado, si se trataba de *thalmidéi jajamim*, discípulos de maestros (título honorífico asimilable al de *discípulo* que figura en el Nuevo Testamento). En este caso, el *discípulo* se hallaba eximido de tener una Biblia en la mano; era suficiente que tuviera las filacterias ².

¿Cuál fue la sanción para el trasgresor, para aquel que prestaba un falso juramento? Lo prescribe el *Exodo*³, cuando dice: *No tomarás en vano el nombre de Jehová, tu Dios; porque no dará por inocente Jehová al que tomare su nombre en vano*. Esto implicaba un pecado imperdonable, y el que lo cometiera, será castigado no solo él, sino también su familia y aun el país entero; el trasgresor será inmediatamente castigado. Pero no solamente incurre en pecado, según las Leyes bíblica y talmúdica, aquél que en vano invoca el nombre de Dios, sino también el que abusa de los juramentos, prestándolos cuando se pueden evitar.

3. — CASOS EN QUE DEBÍA PRESTARSE JURAMENTO. — La *Gue-mará*, comentando un pasaje talmúdico, formula esta pregunta: ¿Qué diferencia existe entre un juramento bíblico y un juramento talmúdico? Y responde: Si el demandado es obligado a prestar juramento según la Ley mosaica, él no puede decir al demandante: presta juramento que tú dices la verdad y yo te pagaré; pero si es un juramento impuesto por los talmudistas, el demandado puede decir al demandante: presta juramento y yo te pagaré. Según otra interpretación, en el primer caso, si el demandado no quiere jurar, se le toma los bienes para pagar la deuda. Si es solamente un juramento rabínico, y el demandado no quiere prestarlo, no se puede forzarle de ésta manera a pagar la deuda.

El Talmud establece una serie de discriminaciones acerca de

² Dice una *Mishná* del *Tratado Sanedrín*: Si un individuo está obligado a prestar juramento en la forma prescrita por la ley, y si el otro le dice que se contentará con un simple juramento sobre su cabeza, puede, según algunos doctores, retractarse y exigir un juramento en la forma prescrita; según otros doctores, no puede retractarse. El juramento sobre la propia cabeza consistía en los términos siguientes: *Que me muera, si no es verdad*.

³ *Éxodo*, capítulo XX, versículo 7.

aquellas personas o para ciertas cosas, que no se toma en cuenta el juramento. Una *Mishná* del *Tratado Shevuót* dispone: No se presta juramento para los esclavos, ni para las actas, ni para los inmuebles, ni para las cosas sagradas. Para todas estas cosas, si son objeto de un robo, el ladrón no paga la multa prescripta, ni el doble, ni el cuádruple o el quíntuplo⁴. Para todas estas cosas, el que las guarda sin salario, no presta juramento y el que las guarda por salario, no está obligado a pagar. Rabí Simón dice a propósito de esto: si se trata de cosas sagradas, que el que las ha ofrecido está obligado a reemplazarlas, si ellas desaparecen, no debe prestar juramento por ellas. Por ejemplo: un individuo ha hecho voto de ofrecer un sacrificio, luego ha designado un animal para cumplir su voto, y entrega este animal a un guardián (depositario); si el animal se ha perdido, el guardián prestará juramento de que ha cumplido sus funciones y no ha podido impedir esta pérdida, aunque el animal estaba asignado al templo; entonces el hombre que lo ha ofrecido estará obligado a reemplazarlo. Rabí Meyer dice: Hay cosas que están unidas a la tierra y que no son consideradas como inmuebles. Ejemplo: si un hombre dice a otro que le ha entregado diez viñas completas y el otro dice que no había más que cinco, debe prestar juramento. Los otros doctores no están acordes con rabí Meyer, sosteniendo que todo lo que está unido a la tierra es considerado inmueble. No se presta juramento más que si la reclamación es precisada por, medio de la medida, el peso o el nombre; por ejemplo: si un hombre dice a otro que le ha entregado una casa llena de objetos, o una bolsa de dinero, y si el otro dice que no había antes en la casa o en la bolsa más de lo que hay ahora, es liberado sin juramento; pero si el demandante afirma que la casa estaba llena hasta el techo, y el otro replica que solamente hasta la altura de la ventana, debe éste prestar juramento. Cabe dejar aclarado para el mejor entendimiento de la *Mishná* que acabamos de transcribir, que los esclavos eran asimilados a los inmuebles; no se prestaba juramento sobre las actas, porque carecen de valor por sí mismas, sirviendo solamente de pruebas de que tal cosa pertenecía a tal persona.

Prosiguiendo con el análisis de la aplicación de los juramentos a los diversos actos de la vida civil, una *Mishná* prescribe: Un hombre ha prestado a otro dinero sobre una prenda; la prenda se ha perdido. El acreedor dice, entonces, que ha prestado un *sela* (moneda que valía cuatro *denares*) y que la prenda no valía más que un *siclo* (un siclo valía dos *denares*); el deudor dice que la

⁴ *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 11.

garantía valía un *sela* y que por consiguiente él no adeuda nada; en este caso, no hay juramento. Pero si el acreedor dice que ha prestado un *sela* y que la prenda no valía más que un *siclo*, y si el deudor alega que la prenda valía tres *denares*, de modo que él no adeuda más que un *denar*, hay juramento. Si el acreedor sostiene que ha efectuado un préstamo de un *sela* y la prenda valía dos, y si el acreedor dice que no valía más que uno, y que, por consiguiente, no debe nada al deudor, no hay juramento. Pero si el deudor dice que ha tomado en préstamo un *sela* y que la prenda valía dos, y si el acreedor dice que no valía más que cinco *denares*, y que, por consiguiente, no debe al deudor más que un *denar*, hay juramento. ¿Quién presta el juramento? El que ha tomado la prenda; porque si el otro prestaba el juramento, es de temer que éste no exhiba de inmediato la prenda para convencer a su adversario de falsedad y hacerle afectar de incapacidad judicial; lo que podría ser inmerecido, agrega el Rashi, porque habría podido equivocarse en la apreciación del verdadero valor de la prenda.

La Ley talmúdica destaca que todos los juramentos impuestos por la Biblia se admiten para que los demandados puedan ampararse en ellos para no pagar; pero la Ley bíblica no ha previsto las situaciones que faciliten a los demandantes el cobro de lo que se les debe. Estos se hallaban desamparados en el reclamo de lo que legítimamente tienen derecho. A fin de enmendar esta injusticia, el Talmud establece varios casos por los que se habilita a los acreedores para hacerse pagar de sus deudores, cuando no existen otros medios de prueba que el juramento. En este sentido, una *Mishná* del *Tratado Shevuót* establece los casos del obrero que trabaja por salario, aquél que ha tomado lo que le pertenece, el herido, aquel cuyo adversario es sospechado de prestar un falso juramento, el comerciante, etcétera. Veamos.

1°) *El obrero que trabaja por salario*: Este dice a aquél que le ha encargado el trabajo; págame mi tarea; el otro dice: ya te la he pagado, y el obrero afirma que no; en este caso, es el obrero quien debe prestar juramento para hacerse pagar. Rabí Judá dice: En este caso, el obrero no puede hacerse pagar prestando juramento. Sólo si el que ha encomendado el trabajo declara que no ha pagado más que una parte de lo que adeuda, de manera que, según la Ley bíblica, debería prestar juramento para ser liberado; en este caso, los doctores han diferido el juramento al obrero, quien lo presta para hacerse pagar. Ejemplo: El obrero reclama cincuenta *denares* y el demandado dice que ha pagado un *denar* de oro que equivale a veinticinco *denares* de plata, y no quiere pagar por consiguiente más que veinticinco *denares*; según la Ley

biblica, el demandante declarando que adeuda sólo una parte de la obligación, debería prestar juramento para no pagar el resto, pero los doctores lo han diferido al obrero, quien lo prestará para hacerse pagar todo.

2^o) *Aquél a quién le han arrebatado lo que le pertenece*: Por ejemplo: existen testigos de que un hombre ha entrado al domicilio de su deudor para hacer embargo sin autorización; el deudor dice: tu has tomado mis efectos, y el otro alega que no ha tomado nada; es el propietario quien presta juramento que le ha quitado sus efectos para hacerse pagar. Rabí Judá afirma que, como en el caso del obrero, el no puede hacerse pagar prestando juramento, mas que si su adversario confesó deber una parte de lo reclamado. Por ejemplo: si el propietario reclama dos efectos y el deudor confiesa haber tomado uno solo; en este caso el demandado deberá, según la Ley bíblica, prestar juramento para no pagar más que un efecto; pero los doctores han diferido este juramento al propietario, al cual se le han quitado los efectos.

3^o) *El herido*: Hay testigos de que un hombre estaba bien de salud cuando entró en una casa y salió herido; éste hombre dice al otro: eres tú quien me ha herido, y el otro lo niega; es el herido (el agraviado) quien presta juramento para hacerse pagar las heridas.

4^o) *Aquél cuyo adversario es sospechado de prestar un falso juramento*: Sea que el que debe prestar juramento haya estado convencido de prestar un falso juramento, sea que está afectado de incapacidad judicial, como los jugadores, los prestamistas a usura, etcétera. Si una de estas personas tiene un proceso en el cual debía prestar juramento para ser absuelta, se difiere el juramento a la parte adversaria, quien lo prestará para hacerse pagar.

5^o) *El comerciante sobre sus libros*: Se trata de un caso en que el parroquiano de una tienda dice al comerciante: entrega a mi hijo dos medidas de queso, o entrega a mis obreros por un *sela* piezas de moneda de cuero; el comerciante dice que lo ha entregado, y le reclama al cliente el pago de la mercancía, los hijos o los obreros dicen que no han recibido nada y le reclaman, a su vez, la entrega de las mercaderías. En este caso, el comerciante presta juramento afirmativo de la venta, a fin de efectuar el cobro y los obreros deben jurar no haber recibido nada para hacerse pagar el salario que debían obtener en especie.

Un hombre dice al tendero: dame frutas por un *denar*; éste último le entrega la mercancía, después le reclama el pago; pero el comprador responde: Yo te he pagado pero has guardado la moneda en tu bolsa. En este caso, el comprador presta juramento de

que ha pagado el *donar*, y queda liberado. (Raschi opina que en este caso se trata del juramento rabínico, pues la Ley talmúdica le dispensa del juramento.) Si por el contrario el hombre ha dado el *denar* y reclama la mercancía, y si el tendero afirma que se la entregó y el comprador la transportó a su casa, es el tendero quien debe prestar juramento, y queda liberado.

Un hombre dice a un cambista: Dáme *maot* por un *denar*; entrega los *maot* y reclama el *denar*; el cambista alega que ha entregado el *denar* y que el otro lo ha puesto en su bolsa; en éste caso el hombre prestará juramento de que ha entregado la moneda del trueque, y queda liberado. Si ha entregado el *denar* y reclama los *maot* y el cambista alega que se los ha dado y los ha puesto en la bolsa, el cambista prestará juramento que los ha dado, para ser liberado.

Tratándose de la mujer divorciada, que reconoce haber recibido del esposo una parte de la *ketubá*, afirmando el marido que la ha pagado íntegramente, la mujer prestará juramento para hacerse pagar el resto. Si existe un testigo único que declara que la *ketubá* ha sido pagada íntegramente, la mujer deberá prestar juramento de que no ha recibido el total. Si el marido ha vendido sus bienes, la mujer no puede hacerse pagar de los terrenos vendidos, sino después de haber jurado que no ha sido desinteresada. Si es viuda, y quiere hacerse pagar de los bienes de los huérfanos, debe prestar juramento; asimismo si el marido se ha divorciado con ella en el extranjero, y quiere hacerse pagar, por tanto, en su ausencia.

La misma *Mishná* dispone que en el caso en que la mujer es viuda, y pretende hacerse pagar de los bienes de los huérfanos, los herederos que reclaman su parte en la sucesión no pueden hacerse pagar sino después de prestar juramento diciendo que su padre nunca les habló de esa deuda, ni ha dejado nada escrito al respecto.

Ampliando la enunciación de los casos en que debe prestarse juramento sobre reclamaciones dudosas, una *Mishná* del *Tratado Shevuót* establece que se hallan en esta situación: Los socios, los colonos arrendatarios, los *epitropin* (epítropes), los intendentes, la mujer que dirige el comercio de la casa, el hijo que dirige el comercio por sí o por los demás hermanos, después del fallecimiento del padre.

Si uno de estos individuos interroga a su oponente —en la situación creada con motivo del manejo de los bienes—: ¿Que es lo que tú reclamas?, y si el otro responde: No tengo ninguna reclamación determinada, pero quiero que prestes juramento de ha-

ber manejado escrupulosamente el comercio sin buscar provecho a mis expensas, el administrador debe prestar juramento.

Conforme a una regla bíblica⁵, el acreedor perdía el derecho de reclamar su deuda al fin del año de la *shmitá*. Si el acreedor ha obtenido del tribunal el derecho de exigir de su deudor un juramento, pierde igualmente el derecho después del año de la *shmitá*.

A través de las citas talmúdicas, se llega a la conclusión de que en Israel el juramento no se hallaba sometido a fórmulas sacramentales, si bien en algunos casos la ley imponía los términos en que debía prestarse.

En materia criminal, conforme a una regla del *Tratado Saneadrín*, cuando se dice ante el tribunal *sí, sí, o no, no*, esto equivale a un juramento.

Caracterizando la importancia que se asignaba a ésta forma de obligarse, en Derecho, leemos en el *Tratado Shevuót*, que antes de la prestación de juramento debe advertirse al litigante ilustrado (o sabio) que no se le hace prestar juramento según el sentido que éste pueda atribuir a las palabras, sino según la Ley divina y la justicia⁶.

4. — IMPORTANCIA ASIGNADA AL JURAMENTO. — De acuerdo con la transcripción de las normas precedentes, el juramento constituyó una institución en la legislación de Moisés, y en la postmoica, comparable a los verdaderos contratos formales. A veces servía de elemento probatorio de las obligaciones, suplantando a todos los demás medios. La confianza recíproca entre los individuos, la seguridad de que todo el mundo se ajusta a la prohibición de malversar la fe en la palabra del prójimo y la profunda ligazón existente entre la Ley civil y la Ley religiosa, hicieron que el juramento adquiriese una caracterización que no obtuvo en ningún Derecho antiguo, ni moderno.

Los romanos conocieron también esta forma jurídica, ajustada a los sentimientos religiosos de la gente: en efecto, se podía jurar por Dios, por el honor, por los hijos, por principios sagrados, etcétera, y la convención del juramento se hacía extensiva a toda especie de derechos, ya se trate de obligación o de derecho real: incluso era aplicable a cuestiones de estado (Ulpiano). Se distin-

⁵ *Deuteronomio*, capítulo XV, versículo 2.

⁶ Según la Ley francesa, existe una fórmula: *Juro decir la verdad, nada más que la verdad*; esta fórmula —apunta G. MOYSE— es menos fuerte que la talmúdica, para el que debe eliminar toda restricción mental; al testimoniar.

guieron así en Roma, dos formas de afirmar solemnemente un derecho o un simple hecho: el *juramento necesario* y el *juramento voluntario*. Este último, que nos interesa mayormente, era diferido libremente por una de las partes a la otra, aun sin contar con la presencia del magistrado o del juez. "Dos personas pueden convenir que se remitirán al juramento de una de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho. Cuando el juramento ha sido prestado por una de las partes o cuando la otra le hace dejación, el pretor los obliga a respetar su convención. Sí es, pues, el acreedor quien ha prestado juramento y afirmado solemnemente en su provecho la existencia del crédito, el pretor le da una acción in *factum*. El juez de ésta acción debe examinar únicamente si el acreedor ha prestado juramento y si está probado el hecho, condena al deudor. Si al contrario, es el deudor quien ha jurado no deber nada, el pretor niega toda acción al acreedor, o si hay duda sobre el juramento, da al deudor una excepción *jusjurandi*. Cuando ésta excepción es justificada por el juez, y cuando está probado que el deudor ha prestado el juramento, debe ser absuelto"⁷.

Pero ni Israel ni Roma pueden adjudicarse la paternidad exclusiva sobre el juramento, como forma probatoria del Derecho o como contrato. Razón tiene un autor cuando afirma, refiriéndose a la India: "A semejanza de la Roma primitiva, la India no parece aceptar más que la prueba testimonial en la generalidad de los pleitos. Hay al respecto graves motivos religiosos que lo exigen: la palabra es santa, es nuestra misma alma, lleva en sí nuestro aliento, nuestra propia vida. Ahora bien, lo que con palabras se hizo —y todo es obra de la palabra— con palabras ha de probarse. La palabra es Dios mismo hablando por nosotros. Dios, por lo tanto, es el mejor testigo..." Y refiriéndose el mismo autor al falso testimonio en aquel evolucionado país del Oriente, agrega: "Nada repugna tanto al espíritu indú como la profanación de la palabra. De ahí que al testigo falso, aunque sea un brahman, se le destierra. En todo proceso donde se prueba que ha habido falso testimonio, se ha de declarar nulo todo lo actuado"⁸. ¿Cómo habría de extrañar, entonces, que en la India se haya asignado gran categoría al juramento?

Algunos autores derivan la prueba del juramento de la paulatina abolición del duelo o combate judicial. "Del duelo judicial —dice Tarde— el más insensato, el más sangriento y el menos fácilmente vulgarizable de todas las ordalías, se ha pasado ordina-

⁷ E. PETIT: Obra citada, página 422.

⁸ A. CAPDEVILA: Obra citada, páginas 74 y 75.

riamente a la prueba por el agua y por el fuego, más dulces de lo que parecen y susceptibles de superchería; pero al fin, lo que ha prevalecido, es el juramento, que puede considerarse como una forma "dulcificada y simplificada", según dice muy bien M. Daresté, de los juicios de Dios.

"Allí donde no existe rastro alguno del duelo judicial ni de ninguna otra ordalía, por mucho que la historia se remonte, por ejemplo, entre los musulmanes, el juramento es la prueba capital."

El Código de Manú, en efecto, autorizaba la prueba por testigos, y si es necesario por el juramento de las partes. En algunos pueblos, el duelo judicial sobrevivió y se mantuvo simultáneamente con el juramento judicial; en otros, el juramento sustituyó, desde los orígenes, al pintoresco y bárbaro combate instituido por la ley para justificar el derecho. Cabe aclarar que de todos modos, el juramento judicial se aplicó mayormente al derecho criminal; su adaptación a las formas civiles ha sido el producto de un largo y dificultoso proceso.

Los códigos modernos incluyen el juramento entre los medios de prueba supletoria; esto es, sobre cuestiones cuyo monto no es individualizable.

Pero está fuera de toda duda que en la edad contemporánea razones diversas han incidido para restarle al juramento el valor solemne, muchas veces, incuestionable, de que se hallaba investido en los pueblos antiguos, particularmente entre los hebreos.

CAPÍTULO XXVI

REGLAMENTACIONES ESPECIALES

SUMARIO: 1. *El interés social y la solidaridad.* — 2. *Reglamentaciones de carácter especial.* — 3. *Algunas leyes sobre policía e higiene.*

1. — EL INTERÉS SOCIAL Y LA SOLIDARIDAD. — Hemos dicho repetidas veces que para la legislación de Israel el interés de la colectividad, el interés social, se sobreponía casi siempre al interés individual. Los derechos, particularmente aquellos que atañen a la propiedad y a la posesión de los bienes, nunca fueron absolutos y distaban de ser irrevocables. Esta restricción a los derechos del individuo o de la familia en aras del bienestar del conglomerado social, tiene su origen indudable en diversos principios cardinales para la conducta del habitante de Judea.

El primero de estos principios es el de la *solidaridad* exteriorizada a través de innumerables preceptos bíblicos y afirmados por no menos profusos comentarios rabínicos que llevaron a un punto de exaltación difícil de superar. El principio de la solidaridad, práctica y legalmente desconocido para los pueblos paganos de la antigüedad, gozó de amplia privanza entre los descendientes del patriarca Abraham y aun hoy sigue inspirando las manifestaciones de la vida individual y colectiva de este pueblo.

"Cuando nuestra Ley —dice Algazi— nos ordena amar al prójimo, se refiere a todos los hombres en general, con los que tenemos que ser solidarios en todos los sucesos de la vida, tomar parte de sus dolores y derrotas, y regocijarnos en sus alegrías y triunfos"¹.

Y en efecto, si cotejamos las reglas bíblicas y talmúdicas, necesariamente llegamos a la conclusión de que el mandamiento de la solidaridad prima sobre toda otra consideración. Las normas acer-

¹ ALGAZI: Obra citada, página 343.

ca de la familia, fundamentada sobre el amor y la armonía: entre padres e hijos: entre los hermanos y entre los demás integrantes de la primera célula social; las que se relacionan con la identidad e igualdad de los miembros de la comunidad conyugal, que están unidos por el amor y el respeto recíproco; la exaltación de los vínculos de la amistad, llevada hasta la cumbre de los afectos humanos; el trato hacia el esclavo y el proletario y asimismo hacia el extranjero, y aun al pagano, son otros tantos peldaños de la misma escala de superación de sentimientos y de pasiones nobles.

La fórmula del *Amarás al Prójimo como a ti mismo*, consagrada en el *beatífico* y transfundida a toda la legislación mosaica y postmosaica, constituye la más alta expresión de la solidaridad humana, la que no fue, como pretenden los comentadores de segunda mano, restrictiva hacia la grey israelita, sino que fue amplia y comprensiva de todos los seres de la creación.

Y este principio de solidaridad, entre los propios y para con todos los hombres de la tierra, unido al concepto liberal y generoso que de la propiedad en general poseían los hebreos, explica que la Biblia y el Talmud contengan una serie de disposiciones que si propiamente no corresponden al Derecho civil y administrativo modernos y sí a los códigos de policía e higiene de la población, tuvieron fuerza de ley para los hijos de Moisés, y asumieron tanta jerarquía como cualquier institución criminal o civil de aquellos tiempos.

Al lado y paralelamente de preciosas leyes sobre la propiedad y la posesión, de restricciones y límites al dominio, de los diversos modos de adquisición de los bienes, etcétera, el *Tratado Babá Batrá* contiene numerosas referencias al principio de solidaridad entre los hombres. La forma de la convivencia entre los vecinos; el modo cómo se deben construir las habitaciones para no violar el sagrario del hogar del prójimo; la eliminación de molestias e incomodidades para el transeúnte o el habitante próximo; la armonización del propio derecho con el derecho del semejante, y aun del individuo económicamente débil o socialmente desamparado, merecieron una vasta legislación precursora de las más modernas exteriorizaciones del humanismo social.

Cúmplenos destacar que en ninguno de los códigos de la época, y aun muy posteriores, hallamos un conjunto de preceptos de tan honda raíz humanitaria y de tan vastas y promisorias proyecciones.

2. — REGLAMENTACIONES DE CARÁCTER ESPECIAL. —
Conceptuamos un tanto temerario aludir a la existencia de un Derecho

administrativo propiamente dicho, basado en las leyes de la Biblia o en el comentario talmúdico. Nos referimos a lo que con el transcurso del tiempo se ha convertido en una rama diferenciada del Derecho que atañe al *régimen jurídico de la Administración pública*, abarcando todas las relaciones que existen entre el Estado y los particulares.

En este sentido sería difícil hallar precedentes en la legislación mosaica o rabínica, pues que el concepto del Estado ha variado y evolucionado de modo inconmensurable y si bien hallamos algunas normas que hoy figuran en los códigos administrativos, es obvio decir que son aisladas y no obedecen a una verdadera disciplina científica.

Pero, según se verá en el curso del capítulo, el concepto de la propiedad privada, limitada y supeditada siempre a reglas de solidaridad entre los componentes de la nación, estaba sujeta a una serie de vallas, de restricciones, que hoy hallamos regidas por el Derecho administrativo. Y estas restricciones obedecen en general a motivos de interés privado, pero igualmente hallamos las que están sometidas al interés público, que también era intuitivo, si no conocido en aquellos albores de la civilización.

La convivencia de los ciudadanos y el deseo de mantener incólume el derecho del prójimo, fueron motivos suficientes para que la costumbre y la Ley hebreas crearan una serie de reglamentaciones de los derechos individuales, por razones de higiene, de seguridad, de moralidad, etcétera, que resultan ciertamente admirables si consideramos que estuvieron en vigencia hace veinte o treinta siglos.

Es verdad que la técnica usada por los doctores talmúdicos está lejos de encuadrarse en los lineamientos de una moderna compaginación de reglas; que hay vacíos, como sobran las normas, dificultando una consulta rápida y una cita inmediata, pero si consideramos que todo esto data de muchas centurias, a través de las cuales las transformaciones de los usos y costumbres produjeron la derogación de algunos principios para sustituirlos con otros —o simplemente el desuso—, si consideramos que en aquellos días primitivos la moral y la ética experimentaban profundos cambios, según fueran las condiciones históricas del pueblo de Israel, es evidente que la superioridad de las prescripciones, con relación a las leyes paganas, no necesita encomio.

3. — ALGUNAS LEYES SOBRE POLICÍA E HIGIENE. — Cuando la Biblia se refiere a la sanción por los daños que una persona ocasiona a otra, ya sea en su persona como en sus bienes; ya lo hiciera directamente o por intermedio de sus esclavos o asalariados, o por

las cosas de que se sirve, nos da las reglas sobre policía e higiene. En efecto, las disposiciones del *Libro del Éxodo*² evidencian la preocupación del legislador en asegurar la armónica convivencia entre los ciudadanos, so pena de caer bajo las sanciones pecuniarias establecidas. Pero la Ley rabínica es mucho más amplia y concreta, en éstos particulares. El *Tratado de Babá Batrá*, a que acabamos de referirnos, constituye un verdadero código de la materia. Procuraremos dar a continuación las disposiciones más interesantes, algunas de las cuales, aun en la actualidad, rigen en los pueblos que han bebido en las fuentes hebraicas o en las románicas.

Una *Mishná*³ establece: No se debe excavar un pozo, una fosa, etcétera, cerca del pozo de otro individuo (porque —dice Raschi— se debilita así las paredes del pozo del otro), a menos que se haga a una distancia no menor de tres *tefaim*, o que no se embadurne de cal las paredes de la fosa que se excava. Lo que resta de los olivos prensados en el lagar, la basura, la sal, la cal, las piedras, no pueden ser colocadas cerca del muro de otro individuo, a menos que sea a la distancia de tres *tefaim*, o que el muro de ladrillos no esté pintado con cal. Las semillas y la orina no puede ser llevadas cerca del muro de otro individuo; es necesario alejarlas lo menos a tres *tefaim*; es preciso alejar la muela del molino a una distancia de tres *tefaim* de la muela inferior, lo que hace cuatro de la muela superior. Es necesario también alejar del muro de otro individuo el horno a una distancia de tres *tefaim*, de su borde inferior, lo que hace cuatro del borde superior.

Con el mismo criterio, otra *Mishná* (fol. 52) del mismo Tratado, dice: No se puede poner un horno en la casa (porque puede causar un incendio), a menos que haya entre el horno y el techo una distancia de cuatro *cenos*. Si se quiere poner el horno en el piso superior, es necesario que el techo encima del horno esté cubierto de una capa de tres *tefaim* de espesor. Si es un pequeño hornillo que se coloca en el piso superior, es suficiente que el techo esté cubierto de una capa de un *tefá*. Aunque se haya observado todas estas medidas de seguridad, si se ha causado un incendio, se debe pagar el daño.

No se debe abrir un comercio de panadería o de tintorería, ni un establo sobre el granero de otro individuo; la vecindad del comercio de panadería o de tintorería no causa daño al vino, pero un establo es nocivo (a causa del olor); por consiguiente, es necesario alejar el establo del vino de su vecino.

² *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 33-35; capítulo XXII, versículos 5, 8 y siguientes.

³ *Tratado Babá Batrá*, Perek X, fol. 17.

La Ley rabínica es tan previsora que cercenando en cierto modo los derechos personales, entre ellos los más elementales e inalienables, como el de trabajar y comerciar, prevé, sin embargo, las molestias que pueden derivarse de la instalación de determinado comercio e industria y establece normas para que estos no afecten los derechos y la comodidad del prójimo. En el mismo *Tratado de Babá Batrá* encontramos esta regla: Si un individuo quiere abrir una tienda en el patio, el vecino puede oponerse, diciendo: Yo no podré dormir por el ruido de los que entrarán en tu tienda y los que saldrán. Pero puede confeccionar sus objetos para venderlos en la calle, y el vecino no puede impedirlo y decir que no puede dormir por el ruido del martillo o por el de la muela o por el de los niños.

Otra *Mishná* dispone: Si un individuo tiene un muro a la distancia de cuatro *anas* del de su vecino, y si el muro se derrumbaba, no puede levantar otro muro para reemplazar al que se ha derrumbado sin permiso del vecino, a menos que deje entre los dos muros paralelos un espacio de cuatro *anas*, para que se pueda transitar entre ellos; porque el vecino tiene necesidad de un espacio alrededor de su muro, donde todos puedan ir y venir. Si un individuo quiere levantar un muro cerca de la ventana de su vecino, y si el muro debe ser más alto que las ventanas, es necesario levantarlo hasta cuatro *anas* encima de las ventanas; si debe ser bajo, es preciso bajarlo hasta cuatro *anas* debajo, para que no pueda ver a través de las ventanas lo que pasa en la casa del vecino. Si el muro debe estar enfrente de las ventanas (y construido de manera, dice la *Guemará*, que nadie pueda ponerse encima del muro para mirar a través de las ventanas), debe alejarse a la distancia de cuatro *anas*, para no impedir la entrada de luz en las ventanas.

Leemos en otra *Mishná*: "Si un individuo quiere colocar una escalera sobre el muro que separa su patio del de su vecino, y si el vecino tiene cerca de allí un palomar, debe alejar su escalera del palomar a una distancia de cuatro *anas*, para que la marta (animal que gusta de los pichones) no pueda subir sobre la escalera y matar las palomas. Si se quiere construir un muro cerca de la canaleta que se halla sobre el muro del vecino, es necesario alejarse a la distancia de cuatro *anas* para que el vecino tenga un espacio libre para colocar una escalera, cuando quiera subir sobre el muro para destapar la canaleta del desagüe."

Un palomar debe ser alejado de la ciudad a una distancia de cincuenta *anas* para que las palomas no coman en los campos de los otros. No se debe colocar un palomar cerca de la propia casa,

si no se posee de todos los costados del palomar un espacio de cincuenta *anas*⁴.

Las reglas que están contenidas actualmente en las leyes y ordenanzas de los municipios, siguiendo principios de seguridad e higiene de las poblaciones, formaban también parte de la Ley civil. Esto puede atribuirse a dos motivos: uno, a la falta de una técnica jurídica, que producía una verdadera confusión entre la materia de fondo, y lo que debe ser objeto de reglamentaciones dentro de la competencia del gobierno municipal o local; segundo, bien puede explicarse en el deseo del legislador de asegurar, mediante la incorporación de dichos preceptos a la ley fundamental, el cumplimiento estricto de las medidas establecidas. De todas maneras, resulta digno de elogio que se hayan adoptado normas modernísimas de la Ley municipal, que, si hoy no asombran, concitan la admiración si reflexionamos en su antigüedad de siglos.

Para regir la plantación de árboles y las siembras en general, en aquel país eminentemente agrícola, el Talmud, en el Tratado ya citado, establece varias disposiciones que pasamos a transcribir.

Los árboles deben estar alejados de la población a una distancia de veinticinco *anas*, porque —dice la *Guemará*— es bueno que haya un espacio libre delante de la villa; el algarrobo y el sicómoro deben ser alejados cincuenta *anas*, porque —dice Raschi— tienen ramas numerosas.

Dícese más adelante: No se debe plantar un árbol cerca del campo del vecino, a menos de dejar una distancia de cuatro *aras* (porque él tendrá necesidad de labrar con el arado alrededor del árbol, y no se debe hacer entrar el arado en el campo del vecino). Esto se aplica a las viñas, así como a cualquier árbol. Si hay un seto que separa ambos campos, cada vecino puede plantar árboles hasta el seto. Si las raíces de un árbol se extienden en el campo del vecino, éste puede cortarlas hasta la profundidad de tres *tefaim*, para que no obstruyan el arado. Si quiere cavar en su campo un pozo o una fosa, puede cortar las raíces más profundamente y guardar la madera.

Una *Mishná* (fol. 27) establece: Si un árbol se inclina hacia el campo del vecino, el dueño puede cortar de sus ramas todo lo que obstaculice la marcha de sus bueyes y lo que impida labrar el campo; si es un algarrobo o un sicómoro, el dueño del campo puede

⁴ Establecimientos insalubres: las tumbas serán alejadas de las villas a cincuenta *anas*. (*Ana*: medida longitudinal muy usual.)

Igual regla para los cadáveres de animales.

Las curtiembres no deben establecerse en lugares donde *el* viento pueda llevar los malos olores a la ciudad. (*Tratado Babá Batrá*.)

cortar en línea recta todo lo que se encuentra encima de su campo; si es un campo que se riega con agua de fuente, se puede cortar todos los árboles en línea recta que se encuentran encima de su campo (porque la sombra —dice Raschi— es nociva a esta clase de campos).

Para afirmar el principio de la *solidaridad*, la Ley talmúdica establece una serie de normas de convivencia que aun hoy son dignas de tomarse en consideración. Ellas tienden, en efecto, a garantizar la inviolabilidad del hogar y el respeto al derecho del vecino, sin cuya seguridad no es dable lograr una armónica sociedad. No debe sorprender que la regla del Derecho civil acerca de las restricciones del dominio y de la propiedad, se encuentre confundida en el texto talmúdico con preceptos de moral y de ética o con normas meramente policiales o higiénicas; lo importante surge de que desde más de dos mil años (y quizás aun más) se haya pensado en determinar, con toda la precisión posible, donde termina el derecho de un individuo —dentro del complejo social— y donde comienza el del otro.

La *Mishná* siguiente (fol. 59) del *Tratado Babá Batrá*, establece: No hay derecho de abrir una ventana en el patio del vecino, aunque se tuviera parte en el patio. Si un individuo ha comprado una casa que se abre a un patio, no hay derecho de hacer otra puerta para que ella se abra también en otro patio, aun cuando tuviera parte en este patio. — (Fol. 60): Si dos individuos tienen sus casas en un patio que les pertenece a los dos, no deben abrir en este patio ni una puerta enfrente de la puerta del vecino, ni una ventana enfrente de la ventana del vecino. Si la ventana es pequeña, no se la puede agrandar sin permiso del vecino: si no hay más que una ventana, no se debe abrir otra. Pero si el vecino habita del otro lado de la calle, se puede abrir una puerta enfrente de la del vecino, o una ventana en frente de la del vecino, se puede también agrandarla y hacer dos en vez de una.

Según la Guemará, la explicación del pasaje talmúdico es simple: las prohibiciones de la naturaleza a que se refiere el texto transcrito, obedecen al propósito de que nadie pueda observar lo que pasa en la casa del vecino.

Según los comentaristas, las casas de los israelitas tenían las características distintivas de que no se edificaban —en cuanto a las puertas y ventanas se refiere— unas enfrente de las otras.

Una *Mishná* dispone que no se debe excavar fosas subterráneas en la calle. Rabí Eleazar afirma que sí, siempre que un carruaje cargado con piedras pueda atravesarlas sin hundirse. El dueño de una casa —prosigue la *Mishná*— no debe dejar los sa-

líentes de sus muros extenderse hasta la calle, porque podrían causar un daño a los transeúntes que pasan por la calle; pero puede hacerlo si ha elevado el muro al límite de su dominio, pero en el interior, de modo que las salientes no se extiendan más allá de su propiedad. Si un individuo compra una casa cuyos muros tienen salientes, puede dejarlos (no está obligado a eliminarlos).

La *Guemará* comenta este pasaje, trayendo a colación un caso de jurisprudencia: la casa de rabí Amé tenía salientes en un callejón sin salida; la de otro individuo tenía su casa con salientes hacia la calle. Los que pasaban por la calle pretendían que el segundo eliminase los salientes. Se presentó el individuo delante de Amé, quien le dijo: Tú vas a cortar los salientes. El individuo le replicó: Pero, ¿Tú no tienes salientes? Rabí Amé respondió: Mis salientes salen a un callejón; los habitantes del callejón me lo permiten; pero los tuyos salen a la calle, ¿Quién puede permitirlos?

La misma *Guemará* aporta otro caso de jurisprudencia: Rabí Janai tenía un árbol, cuyas ramas salían hacia la calle: otro individuo tenía también un árbol cuyas ramas se extendían hacia la calle. Los transeúntes pretendían que el individuo cortase las ramas. Este se presentó delante de rabí Janai, quien le dijo: Vete y regresa mañana. A la tarde, rabí Janai hizo cortar las ramas de su árbol. Al día siguiente, el individuo volvió, y rabí Janai le dijo: Vete a cortar las ramas. El individuo le pregunta: Señor (*mar*), ¿No tienes tú también ramas? El rabí le contesta: Ve a ver; si las mías están cortadas, tu cortarás las tuyas, sino, no.

Siempre inspirado en el mismo principio de la *solidaridad*, el Talmud encara diversas situaciones donde aparece el conflicto entre el derecho de uno y el del prójimo. Vale la pena consignar algunos de los casos que plantea y resuelve el mismo *Tratado Babá Batrá*.

En una *Mishná* (Perek I) se dice: Dos casas pertenecientes cada una a dos individuos diferentes, se hallan abiertas a un patio común; si ambos dueños que están asociados entre sí para el uso del patio quieren separarlo en dos patios y levantar entre ellos un muro de separación, edificarán este muro en el medio, de manera que si se divide el espesor en dos mitades, una mitad se hallará en la parte de uno de los socios y otra mitad en la del otro. Si no se han puesto de acuerdo entre sí sobre los materiales a emplearse para levantar el muro, el que quiere seguir el uso del país puede obligar al otro a conformarse, sea que se construyan estos muros de ordinario con piedras no trabajadas (*guevil*), sea que se hagan en piedras talladas (*gazit*), en medio ladrillos, es decir, ladrillos que no tienen más que un *tefá* y medio espesor (*frefisin*), o en ladrillos que tienen un espesor mínimo de tres *tefaim* (*levénim*). Si

se construye de acuerdo a la primera técnica, se le debe dotar de un espesor de seis *tefaim*, tres por cada comunero; si se lo hace de acuerdo al segundo sistema, debe dotársele de un espesor de cinco *tefaim*, dos y medio para cada socio; si se opta por el tercer procedimiento, el espesor del muro debe ser de cuatro *tefaim*, dos por cada socio, y en el último de los procedimientos, el espesor debe ser de tres *tefaim*, uno y medio para cada socio. Como cada socio debe suministrar la mitad de los materiales del muro y la mitad del lugar en que será emplazado, si el muro se derrumba, su lugar y sus piedras deben ser divididos en partes iguales entre los socios. Es lo mismo en el caso de un jardín, común a dos individuos, que quieren dividirlo: en el país donde existe el uso y la costumbre de separar los jardines, unos de otros, por un seto, cada socio puede obligar al otro a ceder la mitad del lugar y de los materiales necesarios para hacer el seto.

La *Mishná* establece la diferencia que existe entre los casos anotados y aquel en que se trata de un campo que los condóminos pretenden dividir. De ordinario, no existe en el uso la práctica de separar los campos por un seto; pero si uno de los copropietarios quiere erigirlo, puede obligar al otro a hacerlo, y hacer un signo para que se sepa que es él solo quien ha hecho la separación; así, si el seto llega a derrumbarse, se sabrá que el espacio y los materiales le pertenecen en forma exclusiva. Si ambos condóminos desean efectuar la separación, deben hacer la mitad sobre el terreno de uno y mitad sobre el del otro, y cada uno debe proveer la mitad de los materiales; ellos hacen entonces señalamientos cada uno de su lado (para que se conozca que ambos han contribuido a la construcción); si entonces el muro se derrumba, el lugar ocupado por éste y las piedras se distribuyen entre los dos socios.

Un comentario de la *Guemará* establece, respecto a esta materia, que existe un principio según el cual un comunero no podía obligar al otro a hacer la partición de un objeto común, si el objeto debía perder su valor debido a la división; por ejemplo, si el objeto consiste en un vestido, un animal, etcétera. Si se trata de un patio, uno de los comuneros no puede obligar al otro a hacer la partición, sino en el caso en que el patio tenga una extensión de por lo menos ocho *aras*, para que a cada uno le queden cuatro, al menos.

Otra *Mishná* (fol. 4) del mismo Tratado, ejemplifica: Si Rubén ha comprado los campos situados a los tres costados del campo de Simón, y si ha construido un seto en los tres límites para separar sus campos de los de su vecino, éste no se halla obligado a contribuir a los gastos. (Según Raschi, esta exoneración obedece

a la circunstancia de que no aprovechará mucho, puesto que siempre queda abierto el cuarto límite.) Un comentarista apunta: Si Simón ha resuelto de inmediato construir el seto en el cuarto límite, debe contribuir a los gastos de levantamiento de la separación de los otros tres límites.

Si el muro de un patio (que separa la parte de pertenencia de un individuo, de la del otro) —prosigue la *Mishná*— se ha derrumbado, se puede obligar al copropietario a reedificarlo hasta la altura de cuatro *anas* (porque —según Raschi— un muro de esta altura pone al vecino a cubierto de las miradas del prójimo). Si el muro es reconstruido a expensas de uno solo de los vecinos, y el otro no ha querido contribuir, el muro entra en la propiedad exclusiva de quien lo ha costeado. Si uno de los vecinos, que reconstruyó el muro derrumbado, lo ha elevado a más de cuatro *anas*, el otro vecino no queda obligado a pagar la mitad de los gastos que se hayan hecho para levantar la construcción por encima de la altura reglamentaria.

Es evidente que el Derecho hebreo conoció la institución del condominio tal como aparece en el Derecho romano. Varias personas podían poseer en común un objeto cualquiera, teniendo cada una de ellas derecho de propiedad con todos los atributos inherentes, si bien no podían disponer en forma exclusiva y excluyente, mientras se mantuviese la indivisión.

El Talmud contempla numerosos casos de copropiedad, o coposesión, procurando resolver los conflictos que aparecen de ordinario, evidenciando la tendencia de aconsejar la partición y división de los bienes comunes, cada vez que fuere posible hacerlo.

Una *Mishná* del *Tratado Babá Batrá* dispone que si un patio pertenece a varios individuos que tienen sus casas allí, estos pueden obligarse entre sí a ceder una parte para contribuir a la construcción de la casilla del portero (especie de portería o conserjería que, según el Rashi, tenían las casas judías para habitación del guardián o cuidador de la puerta, la cual impedía mirar o entrar a los transeúntes, al patio, sin permiso). Aquellas casas que carecían de esta casilla no obligaban a los condóminos del patio a contribuir para su construcción. Asimismo se podía obligar a los habitantes de una villa o ciudad, a contribuir a la construcción de fortificaciones. La misma *Mishná* dispone que para que el habitante de una villa se encuentre afectado por la obligación de contribuir a la construcción de fortificaciones, al menos debe habitar el lugar durante doce meses consecutivos. Ahora bien, si una persona adquiere una casa en la villa o ciudad, es considerado de in-

mediato como habitante de la misma, y afectado a las obligaciones inherentes.

Sin la pretensión de haber realizado un estudio exhaustivo, hemos tratado de señalar algunas de las más interesantes prescripciones de la Ley hebrea, relacionadas con el principio de la *solidaridad*, que están basadas por una parte en restricciones al derecho del dominio, y por otra, en reglas de policía, higiene y seguridad.

CAPÍTULO XXVII

DE LA PRESCRIPCION

SUMARIO: 1. *Nociones de carácter general.* — 2. *La prescripción entre los hebreos.* — 3. *Prescripción de la "ketubá".* — 4. *Prescripción de los inmuebles.*

1. — NOCIONES DE CARÁCTER GENERAL. — La prescripción, como modo adquisitivo de los bienes o extintivo de las obligaciones, si bien existió en la mayoría de los pueblos antiguos, no tenía análogas características. Es probable que el fenómeno obedezca a la razón expresada por Gabriel Tarde, quien, citando a M. Violett, que asegura de que "la duración requerida para que la posesión se transforme en prescripción, es mucho más corta entre los pueblos jóvenes que en las naciones avanzadas en civilización", afirma que los plazos de la prescripción se prolongan a medida que una nación se civiliza. "Entre los germanos, antes de la introducción de las ideas romanas entre ellos, era de un año; más tarde aparecieron las prescripciones de diez años, veinte, treinta y cuarenta; y éstas últimas son las que acaban de triunfar. ¿Por qué así? No quiero investigar todas las causas, pero ¿No es evidente que una de las principales, es el progreso en el arte de escribir, y del hábito de escribir en el curso del desenvolvimiento civilizador? Entre los primitivos, que son iletrados, no se podía combatir una posesión reciente más que mediante la prueba verbal de una posesión más antigua, y la naturaleza de ésta prueba consiste en ser rápidamente cada vez menos probatoria y más peligrosa de año en año. Pero cuando la prueba escrita de una propiedad puede producirse, la seguridad y la garantía de la verdad que ofrece, subsisten casi lo mismo durante muchos años. La invención o la importación y la propagación del arte de escribir tienen, pues, una acción indirecta muy fuerte en esta evolución histórica de la prescripción en muchos países diferentes."

Adolfo Posada, autor español que vertió de su texto original la difundida obra del filósofo francés, critica las conclusiones de Tarde, si bien admite que la observación de éste "está muy en su lugar", agregando que "no es completamente admisible que, en general, los inventos produzcan el efecto de prolongar los términos de la prescripción. Más bien parece que después de llegar a un máximo de tiempo del término aludido, la civilización, es decir, la facilidad de las comunicaciones, el vivir más deprisa, todo lo cual hace que el verdadero propietario de la cosa pueda enterarse de que otro la posee más pronto y con menos trabajo, determina la tendencia a rebajar el tiempo de la prescripción, lo mismo de muebles que de inmuebles. Después de todo, estas razones que aconsejan rebajar el plazo, según que la civilización progresa, son las mismas que pueden tenerse al distinguir el término de prescripción entre presentes y entre ausentes" ¹.

La verdad histórica, entre los hebreos justamente, concede la razón a Tarde. En efecto; la prescripción bíblica del año sabático, por la que las deudas se extinguían de siete en siete años, experimentó una lenta pero segura evolución merced a las necesidades de la vida de relación. Así se comenzó por atenuar el principio estableciendo que estaban exentas de la prescripción sabática las mercancías adquiridas a crédito, los salarios de los trabajadores y las condenas aplicadas por los tribunales.

Posteriormente, y por obra y gracia de los rabinos, principalmente de Hilel el Anciano, se descubrió un recurso para evitar la prescripción de las deudas, y consistió en remitir el título del crédito al tribunal, antes de que se cumpliera el septenario; a cambio del título originario, el tribunal concedía al acreedor un título judicial imprescriptible (*prozbul*). Con ello se llegó a sustraer cualquier crédito de la prescripción instituida por la Biblia.

En el Derecho musulmán la prescripción recién fue conocida en el rito *malekito*, pues el Corán no dice una palabra a su respecto y estableciendo una regla que posteriormente habría de traducirse en los dos términos de prescripción, entre presentes y ausentes, determinó que la prescripción era de diez años entre forasteros y de cuarenta años entre parientes.

El Derecho romano, partiendo de la *usucapion* (adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo las cualidades del justo título y la buena fe), evolucionó paulatinamente hacia la *præscriptio longi temporis*, que estuvo condicionada a los mismos requisitos de la *usucapion* (el derecho al uso); pero la *præscriptio longi temporis* se aplicó originariamente

1 A. POSADA, Nota a la obra: *Las transformaciones del Derecho*, pág. 159.

como una simple defensa, como una excepción dada al poseedor contra quien acciona el propietario de la cosa. Solamente después de un prolongado proceso la prescripción romana adquirió las características con que se la conoce en las leyes modernas y que se bifurca en dos acciones respectivas: como medio de adquirir el dominio por la posesión y como recurso de extinción de las obligaciones por el transcurso del tiempo. Falta agregar que en el Derecho romano la prescripción fue de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, mediando justo título y buena fe, ampliándose a treinta años cuando faltaba éste último requisito.

En las Institutas de Justiniano se dispone (Título VI) que las cosas muebles se adquieren por el uso de tres años y los inmuebles por la posesión de largo tiempo; es decir, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Esta regla no se aplicaba a las cosas robadas u ocupadas por medios violentos, ni a la posesión de un hombre libre durante un número cualquiera de años, de una cosa sagrada o de un esclavo fugitivo, ni a las cosas del fisco.

Veamos la naturaleza y caracteres de la prescripción entre los hebreos.

2. — LA PRESCRIPCIÓN ENTRE LOS HEBREOS. — Según las leyes de la Biblia, ampliadas y perfeccionadas por los talmudistas, los derechos de propiedad y de posesión, en Israel, no eran irrevocables. La sanción de los años del Jubileo (cada cuarenta y nueve cumplidos) y del sabático (cada siete años) establecía un régimen de retroactividad de los derechos adquiridos, retornando los bienes o las personas —si de éstas se trataba— a su condición anterior. Pero además de este sistema, hallamos en la legislación hebraica otro modo de extinción de los derechos, el que habría de pasar a la casi totalidad de las legislaciones modernas. Nos referimos a la *prescripción*, denominada *hazacá*, que se regía por numerosos preceptos de la ley. El fundamento filosófico de la *hazacá* no difiere, en cierto sentido, del que se le asignara en el Derecho romano y en las legislaciones modernas; la incuria, el abandono de los intereses, por parte de los titulares del dominio, durante un cierto tiempo, les hacía perder esos derechos y en oposición los radicaba en quienes habían tomado posesión y ejercido determinados actos a títulos de dueño, durante un lapso prefijado.

Los tratados talmúdicos contienen numerosas prescripciones acerca de la *hazacá*, que ponen de manifiesto el anticipo con respecto a los tiempos, que Israel introdujo en el Derecho.

Citaremos algunas de las más importantes reglas acerca de la prescripción, reglada por el texto talmúdico.

En el *Tratado Sheviit*² encontramos las siguientes reglas para ser ajustadas a ciertas normas de contratar:

Las deudas registradas o no en un acta, se prescriben en el séptimo año, llamado *sheviit*, año de la *shmitá*. No hay prescripción para las mercaderías compradas al tendero a crédito; sin embargo, si el tendero ha consentido considerarlo como un préstamo (*milvá*), hay prescripción en el año de la *shmitá*. No hay prescripción para el salario de los obreros, a menos que el obrero no haya consentido considerarlo como un préstamo.

No hay prescripción para las multas establecidas por Moisés, ni para las obligaciones impuestas por los tribunales.

No hay prescripción para un préstamo con garantía, si el acreedor ha entregado sus actas de préstamo al tribunal, la deuda no se prescribe en el año de la *shmitá*. Y lo mismo ocurre si el acreedor ha realizado un acto denominado *prozbul*. (Es una de las leyes establecidas por Hilel el Anciano. Cuando Hilel hubo visto que no era posible prestar dinero por temor a la prescripción del año de *shmitá*, introdujo el uso del *prozbul*). He aquí lo que se escribe en el acta denominado *prozbul*: El acreedor escribe: "Yo te perdono a ti, Fulano de Tal, Juez de tal derecho, todos mis préstamos, para que yo pueda hacérmelos pagar cuando yo quiera", y los jueces o los testigos ponían sus firmas al pie. Si el *prozbul* es antedatado, es válido; si es postdatado, pierde su valor. Es lo contrario en los actos de préstamo; si ellos son antedatados, pierden su valor; si son postdatados, son válidos. Si un deudor toma prestado dinero a cinco acreedores, cada uno de ellos debe tener un *prozbul* para él. Si un acreedor presta a cinco deudores, es suficiente un solo *prozbul* para todos los cinco préstamos.

No se escribe un *prozbul* más que si el deudor posee un inmueble³.

² *Tratado Sheviit*, Perek X, Ley sobre el Año Sabático.

³ *Prozbul*: palabra compuesta de los términos griegos, *pros*, delante, en presencia de, y *boulé*, senado, asamblea deliberativa. Moisés ha prohibido a los acreedores a reclamar sus deudas al fin del año de la *shmitá* (*Deuteronomio*, capítulo XV, versículo 2). Pero a la época de Hilel, se llegó a la conclusión de que esta ley hacía daño al crédito. Hilel estableció entonces que los acreedores concurriesen antes de la *shmitá* delante del senado o del tribunal para remitirlos sus créditos, a fin de que ellos hicieran pagar sus deudas en su nombre y no en nombre de los acreedores. El tribunal devolvía por lo demás las actas a los acreedores, dándoles un escrito llamado *prozbul*, que comprobaba a remisión de las deudas al tribunal. Si el acreedor se presentaba después del año de la *shmitá* con este *prozbul*, era como si él recamaba la deuda en el nombre del tribunal, al que él había remitido a deuda antes de la *shmitá*. Entonces, la Ley bíblica no podía aplicarse más que a un individuo que reclamaba en su propio nombre, porque Moisés quería que hubiera prescripción en a *shmitá*; pero a

Si un deudor viene a pagar su deuda al fin del año de la *shmitá*, el acreedor debe recordarle que hay prescripción; pero si el deudor dice que él quiere pagar, pese a la prescripción, el acreedor puede aceptarle.

Si el deudor paga su deuda a pesar de la prescripción del año de la *shmitá*, los sabios están contentos de él (se conduce noblemente).

Si un individuo presta dinero de un prosélito, cuyos hijos se han convertido junto con éste, no está obligado a pagar la deuda de sus hijos (si el acreedor ha muerto después del año de la *shmitá*, porque los hijos, vueltos judíos, deben observar la Ley mosaica de la prescripción de la *shmitá*, aun para las deudas de su padre); sin embargo, si el deudor paga la deuda a los hijos del prosélito (a pesar de la prescripción), los sabios están contentos con él, porque "se porta noblemente".

3. — PRESCRIPCIÓN DE LA KETUBÁ. — La Ley rabínica establece un régimen especial de prescripción para la *ketubá*. En el Tratado del mismo nombre⁴ se lee: Mientras que la viuda permanece en su familia (y los herederos le dan el sustento, agrega Raschi), no hay prescripción para la *ketubá*; si ella permanece en la casa del marido, hay prescripción a los veinticinco años, porque en ese largo lapso, ella ha aprovechado de los herederos o hecho aprovechar a sus amigos y vecinos, tanto como la *ketubá* vale. Es así, como rabí³ Meyer lo ha dicho en nombre de rabí Simón, hijo de Gamaliel. Los otros doctores dicen lo contrario: mientras ella permanece en la casa de su marido no hay prescripción para la *ketubá*, porque —dice Raschi— no se puede concluir de su largo silencio que ella haya renunciado, puesto que el silencio se explica por los cuidados que ella ha podido tener hacia los herederos que la han tratado bien. Pero si ella está en su familia, hay prescripción al término de veinticinco años, porque se puede concluir de su largo silencio que ella ha renunciado.

Si ella ha muerto, hay prescripción para sus herederos al término de veinticinco años; estos herederos deben, entonces —dice Raschi— protestar antes de este término para no perder su derecho a la *ketubá*.

4. — PRESCRIPCIÓN DE LOS INMUEBLES. — Para la prescripción de las cosas inmuebles, la Ley talmúdica ha establecido plazos

prescripción no se aplicaba a las deudas registradas en los archivos del tribunal.

⁴ Tratado *Ketubót*, Perek XII, fol. 104.

breves, y la adquisición por este conducto del derecho de propiedad, se basa fundamentalmente, en los trabajos que haya efectuado sobre el bien prescrito, aquel que tiene la posesión del mismo. La norma general vigente era la de que si un individuo reclama el inmueble que le ha pertenecido antes y que otro posee en el presente, alegando éste último que lo ha comprado, pero ha extraviado el acta de venta, si el poseedor prueba que ha tenido la posesión durante tres años consecutivos, sin reclamo de nadie, puede conservar el inmueble. Una *Mishná* del *Tratado Babá Batrá* (fol. 28) define y clasifica:

La *hazacá* (posesión) de las casas, de los pozos, de las fosas, de las cavernas, de los palomares, de las casas de baños, de los lagares, de los campos surcados por ríos, de los esclavos y de todo lo que produce frutos constantemente, es de tres años cumplidos día por día. La *hazacá* del campo regado por las lluvias (que no da frutos —agrega Raschi— más que una vez al año) es igualmente de tres años, pero no de tres años íntegros; es suficiente que el demandante lo haya cultivado durante los tres últimos meses del primer año y durante el segundo año íntegro, y durante los tres primeros meses del tercer año, en total, dieciocho meses. Esta es la opinión de rabí Ismael: rabí Akiba opina que es suficiente que el demandante lo haya tenido bajo su posesión un mes de los primeros años, el segundo año íntegro y un mes del tercer año, en total catorce meses. Rabí Ismael dice: Los dieciocho meses de que yo he hablado son necesarios para un campo de cultivo (en que todos los frutos —agrega Raschi— se recogen en la misma época). Pero cuando se trata de un campo cubierto de árboles (en que los productos —dice Raschi— se recogen en épocas diferentes, como los racimos de uva, los olivos y los higos), si el demandante ha recogido el vino, los olivos y los higos, estas tres recolecciones se cuentan por tres años.

A los fines de la aplicación de la prescripción, la Ley rabínica dividió a la Palestina en tres partes o zonas. Si entonces propietario de un campo se encuentra, por ejemplo, en Judea, y si otro toma posesión del campo que se encuentra en Galilea, y dice que lo ha comprado, apoyándose en los tres años de la posesión como una *hazacá*, o bien si el propietario se encuentra en Galilea, y si otro toma posesión del campo que se encuentra en Judea, la *hazacá* carece de todo valor, como si el propietario se encontrase en un país extranjero durante los tres años de la *hazacá*; porque la *hazacá* no tiene valor sino en el caso en que el propietario se halle en el mismo país en que se encuentra el inmueble.

Ahora bien, la *hazacá* (prescripción adquisitiva) no funciona-

ba de una manera arbitraria; se hallaba sujeta a requisitos sin los cuales la prescripción no se producía. ¿Cuáles eran estos requisitos? El Talmud los determina. En efecto, la *Mishná* contenida en el *Tratado Babá Batrá* (fol. 41) establece que la *hazacá* de un inmueble carece de toda validez. si el poseedor no ha dicho en qué concepto o por qué título Posee el inmueble: por ejemplo, si un individuo dice a otro: ¿Qué haces en mi dominio?, y si el otro responde: Yo he poseído el tiempo legal de la *hozará*, porque tu me lo has vendido o donado, o porque tu padre me lo ha vendido o donado, la *hazacá* tiene valor legal, porque ella serviría de prueba de que el poseedor lo ha comprado o recibido en donación, puesto que de otro modo el antiguo propietario no lo habría dejado en su posesión sin oposición. Pero si el demandado responde: Yo lo he poseído durante el tiempo legal de la *hazacá* porque nadie me ha hecho oposición, la *hazacá* carece de validez y el propietario retoma su propiedad. Si el demandado responde: Yo lo he poseído durante el tiempo legal de la *hazacá* porque lo he heredado de mi padre, la *hazacá* es válida, y no está obligado a denunciar en qué derecho o título se fundó su padre para la posesión (puesto que los hijos pueden ignorar los negocios de sus padres).

Con el propósito evidente de impedir los abusos y de garantizar la propiedad raíz, la Ley rabínica estatuye sobre ciertos casos en que algunas personas se encuentran especialmente habilitadas para alegar la prescripción, incurriendo en dolo y fraude. De no haberse establecido cortapisas a las pretensiones malsanas de algunos individuos, no sólo el régimen de la propiedad, se hallaría supeditado a la buena fe de las personas, sino que ningún propietario se hallaría a cubierto de las malas inclinaciones. Por eso el Talmud establece algunas garantías de incuestionable autoridad legal y jurídica, destinadas a aquellos casos en que es fácil hacer incurrir en la desconfianza y el error acerca de la titularidad del Derecho. Veamos: Una *Mishná* del *Tratado Babá Batrá* establece: Los obreros que trabajan en el campo, los socios, los arrendatarios rurales y los tutores no pueden invocar la *hazacá* como prueba de que han comprado el campo que cultivan. El marido no puede invocar la *hazacá* como prueba de que ha comprado el campo de su mujer, que él cultiva, ni la mujer puede invocar la *hazacá* como prueba para el campo de su marido, ni el padre para los bienes de su hijo, ni el hijo con respecto a los de su padre. Y agrega la *Mishná*: Se ha hablado hasta ahora (en este Perek) de una *hazacá* que exige una cierta duración (de ordinario, tres años). Esta se aplica solamente al caso en que un individuo es una *mahazik* (poseedor del inmueble e invoca la *hazacá* como prueba de que ha adqui-

ruido el inmueble legítimamente, ya hace tiempo). Pero si el individuo no es un *mohazik* (no es poseedor) y quiere adquirir al presente por la *hazacá*, la toma de posesión, esta *hazacá* no exige duración alguna. Así, en todos los casos en los que se quiere hacer la adquisición de un inmueble por la *hazacá*, la toma de posesión (es decir, en el caso que se quiere adquirir sin compraventa; porque si existe venta, se ha hecho de ordinario la adquisición mediante el pago del precio), por ejemplo, si se recibe un inmueble en donación, o si los hermanos se dividen la herencia, o alguno quiere adquirir los bienes de un extranjero que ha fallecido sin dejar herederos, estos bienes pertenecen al primer llegado, en todos estos casos, se puede hacer la adquisición definitiva, inmediatamente que se ha hecho un acto de posesión, por ejemplo, si se ha hecho confeccionar las puertas de la casa, o se ha levantado un muro, o se ha hecho una abertura.

Establecidos los casos en que los tenedores precarios de los bienes inmuebles ajenos no pueden invocar la *hazacá*, la Ley talmúdica prescribe las sanciones de que serán pasibles aquellos que promueven o facilitan una tentativa de apropiación indebida, de una usurpación.

En el Perek II del *Tratado Babá Batrá* (fol. 56), una *Mishná* determina: Si dos testigos han depuesto que tal individuo ha poseído el campo del otro durante los tres años de la *hazacá* y si estos testigos son desmentidos por una *alibí* (coartada), deben pagar al propietario todo el valor del campo que han querido hacer arrebatarse. Si hay tres grupos de testigos, cada uno por un año de la *hazacá*, y si ellos son desmentidos por un *alibí*, cada grupo pagará un tercio del valor del campo. Si hay tres hermanos y uno depone su testimonio por un año, otro depone por los tres años, se cuentan como tres grupos separados, y su testimonio es admitido. Si son todos desmentidos por un *alibi*, los tres grupos se consideran como uno, en el sentido de que no pagan sino un tercio cada uno del valor del campo.

El Talmud reconoce y regla otras formas de la *hazacá*, con referencia a bienes de otra naturaleza, como los de uso, y otras.

Una *Mishná*, contenida en el mismo Tratado, dispone : He aquí las cosas para las cuales se puede invocar la *hazacá* de uso, y he aquí aquellas para las que no se puede invocar: Si un individuo ha colocado durante tres años su bestia en el patio de otro, o si ha tenido durante tres años su horno, su molino, o llevó sus gallinas al patio de otro, o si puso sus desperdicios, no puede invocar la *hazacá* de uso (porque todas estas cosas —dice Raschbam— son cosas que se pueden llevar a cada instante; el propietario del patio

puede decir, entonces: Yo lo he permitido hasta el presente, pero no lo permitiré más). Pero si el individuo ha hecho en el patio del otro un seto, de separación para su bestia o para su horno o su molino, o si introdujo sus gallinas en la casa del otro, o si ha hecho en el patio del otro una excavación de tres *tefaim* para sus desperdicios, puede invocar la *hazacá* de uso, y decir a su vecino: Tu me has vendido o acordado el derecho de hacer este uso, si no me lo hubieras vendido o donado, no me habrías dejado este uso durante tres años sin hacer oposición.

Dentro de la misma norma, prosigue la Mishná (fol. 59): No hay derecho de abrir una ventana en el patio del vecino, aunque se tuviera en ese patio una parte o un derecho. Si un individuo ha comprado una casa que se abre hacia el patio, carece de derecho para hacer otra puerta para que se abra hacia el patio, aunque tuviera una parte en ese patio.

El precepto que antecede se relaciona con las restricciones y límites al dominio, que ya hemos tratado *in extenso*. Nos remitimos a las disposiciones allí mencionadas y analizadas.

OBSERVACIONES FINALES

Hemos procurado dar a conocer, especialmente destinado al público de habla hispana —gentil y judío—, lo que ha creado Israel, en normas jurídicas de gran influencia en el Derecho, durante su existencia histórica en el territorio nacional y en sus numerosos exilios.

Tenemos la impresión de haber brindado una concepción orgánica del Derecho hebreo, específico y diferenciado, fundado en la Biblia y en el Talmud, a través de una larga trayectoria y de una laboriosa obra efectuada por el legislador y el comentarista, señalando las proyecciones logradas y la influencia ejercida por la civilización de los israelitas en contacto con las demás civilizaciones contemporáneas y posteriores.

La dispersión, que arranca desde la destrucción del Segundo Templo, en el año 70 de la edad cristiana, que aun se prolonga, ha paralizado la tarea fecunda de la invención jurídica, ya que la pérdida de la independencia nacional cegó la fuente primitiva y forzó a Israel para adaptarse a las legislaciones vigentes en cada sitio de su esporádica radicación en la diáspora. Ello no ha sido, sin embargo, un inconveniente, para que la Ley de la Sagrada Escritura, a través de la permanente influencia judía en el seno de los pueblos que le acogieron, haya seguido ejercitándose invariablemente, como una sombra bienhechora que atenúa el rigor de las leyes gentiles y aplaca el egoísmo social crudamente materialista.

El retorno de grandes masas hacia el solar de Palestina, merced a la histórica *Declaración Balfour*, después de casi dos mil años de éxodo, ha contribuido a revivir las viejas fuentes del Derecho y se están gestando nuevas formas para la legislación mosaica: *odres nuevos para el añejo licor bíblico...*

El *nuevo* Derecho hebreo será motivo de trabajos especiales que comprometen la responsabilidad del autor de éste Tratado, y sin duda, exigirán grandes esfuerzos, dado su distanciamiento material de las renovadas creaciones del espíritu hebreo en la Nueva Palestina.

Pero es evidente que Israel crea y seguirá creando sobre las bases eternas, con evidente desprecio de la maldad y de la persecución que le acosan, no obstante haberse esfumado como una leyenda trágica la de la Inquisición y de los autos de fe, en el medioevo, empequeñecida por la asombrosa aventura de muerte del nazi fascismo.

Incúrrase en error cuando se afirma que nada original ha creado el pueblo de la Biblia, sino que ha adoptado y adaptado normas y preceptos contenidos en otras legislaciones de la época. Si en términos generales esto fuera exacto, no lo sería menos que instituciones como las del Jubileo, del Año Sabático, las normas para la defensa del débil, la santificación del trabajo y la dignificación del trabajador, etcétera, no tienen parangón con ninguna de las legislaciones antiguas y aun siguen constituyendo fanales luminosos en la marcha vacilante de la humanidad de hoy.

Y por encima de las normas escritas, de la obra de los exégetas y glosadores, el Derecho hebreo se halla impregnado de un ansia inextinguible de elevación del espíritu sobre la materia. Esto no lo puede negar nadie que sienta el gozo de acercarse a la verdad.

Rudolf von Ihering, el famoso jurisconsulto, que por nacimiento y por cultura ha pertenecido a ese pueblo que se eternizará tristemente en la historia como el máximo exterminador de Israel, no puede menos que analizar en su difundida obra *La lucha por el Derecho*, el tan discutido personaje de Shakespeare, Shylok, a quien muchos intérpretes superficiales o judeofobos embozados han pretendido identificar con el *espíritu judío*. Von Ihering, mencionando al mercader de Venecia, dice: "Es el espíritu de venganza y el odio los que impulsan a Shylok a pedir al tribunal la autorización de cortar su libra de carne de las entrañas de Antonio; pero las palabras que el poeta pone en sus labios son tan verdad en ellos como en cualesquiera otros; es el lenguaje que el sentimiento del derecho lesionado hablará siempre; es la potencia de esa persuasión inquebrantable de que el derecho debe ser siempre derecho; es el entusiasmo apasionado de un hombre que tiene conciencia de que no lucha sólo por su persona, sino también por una idea.

"La libra de carne que yo reclamo,
—le hace decir Shakespeare—,

La he pagado largamente, es mía y yo la quiero;
¿Que es vuestra justicia si me la negáis? El
derecho de Venecia no tendrá fuerza alguna.

Esa es la ley que yo represento.
Yo me apoyo en mí título.

"El poeta, en estas cuatro palabras *yo represento la ley*, ha determinado la verdadera relación del derecho desde el punto de vista objetivo y subjetivo, y la significación de la lucha para su defensa, mejor que pudiera hacerlo cualquier filósofo. Esas palabras cambian por completo la pretensión de Shylok en un problema tal, en que el objeto en cuestión es el mismo derecho de Venecia. ¡Qué actitud más vigorosa no toma éste hombre en su debilidad cuando pronuncia esas palabras! No es el judío que reclama su libra de carne, sino que es la misma Ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el derecho de Venecia son uno mismo: si, pues, él sucumbe al fin bajo el peso de la sentencia del juez que desconoce su derecho por una burla extraña; si lo vemos herido por el dolor más amargo, cubierto por el ridículo y completamente abatido alejarse vacilante, podemos entonces afirmarnos en ese sentimiento de que el derecho de Venecia está humillado en su persona, que no es el judío Shylok quien se aleja consternado, sino un hombre que representa al desgraciado judío de la Edad Media, ese paria de la sociedad que en vano grita: Justicia! Esta opresión del derecho de que él es víctima, no es todavía el lado más trágico ni más conmovedor de su suerte; lo que hay de más horrible es que ese hombre, que ese infeliz judío de la Edad Media cree en el derecho, puede decirse, lo mismo que un cristiano. Su fe es tan inquebrantable y firme como una roca; nada le conmueve; el juez mismo la alimenta hasta el momento en que se resuelve la catástrofe y es aplastado como por un rayo; entonces contempla su error y ve que sólo es un mísero judío de la Edad Media, a quién se niega la justicia engañándole."

La "sed de justicia" de Israel, que se advierte en cada etapa de su existencia, ha de hallar nuevas expresiones y después de haber señalado, aunque escuetamente, la honda influencia que en lo jurídico caracteriza la historia de éste pueblo de más de treinta siglos, sólo nos resta consignar el deseo fervoroso de que en un mañana próximo, cuando la nación judía habite, por derecho y de hecho, la tierra de sus antepasados, siga creando nuevas formas de vida, encuadradas en los moldes de la Moral y de la Ética que los siglos no han vencido y que tienen sabor de eternidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
DE AUTORES CITADOS

Se dan especialmente referencias bibliográficas de algunos de los autores citados en esta obra –judíos y gentiles – cuyos trabajos y estudios han sido utilizados y que en la misma se citan, por haberse consagrado en forma total o incidental a las ciencias judaicas, procurando así completar u orientar la información del lector:

ABRAHAMS, *Israel* (1858-1925), nacido en Gran Bretaña, donde transcurrió toda su vida. Hombre de letras, escritor celebrado y maestro de una generación de hebreos. Originariamente, en sus años de adolescencia, formo en las filas de la más aguda ortodoxia religiosa y se convirtió ya maduro en líder del “judaísmo reformista y liberal”. Autor de *Jewish Life in the Middle Ages*, *Festival Studies* y numerosas colaboraciones periodísticas. Coadyuvó a la fundación del instituto *Jewish Historical Society of England*”.

ABRAVANEL, *Isaac* (1437-1509)

Oriundo de Portugal donde llegó a ocupar destacas posiciones públicas con el Rey Alfonso V; el edicto de expulsión de los judíos hirió su dignidad y abandonó el país para refugiarse, sucesivamente, en Nápoles, CORFO y Venecia. Talmudista, exégeta de los Libros Sagrados y cabalista, Abravanel es autor de importantes libros en los

Exponentes del espíritu Hebreo.

AJAD HAAM, pseudónimo de Asher Guizburg, cuyo significado es “uno del pueblo”. Escritor y ensayista de alto vuelo, n. en Rusia, en 1856 y m. en Palestina (1927) donde precedió durante una veintena de años todo el movimiento espiritual de la comunidad hebrea. En los comienzos de la acción sionista se opuso a la tendencia política y terrorista del Dr. Herzl, preconizando la creación de un centro espiritual en Eretz Israel; posteriormente cambió de punto de vista. Su vasta obra se halla íntegramente en hebreo – idioma que poseyó maravillosamente –, habiendo sido traducidos algunos trabajos al español, por la Editorial Israel. Su más importante obra es: *Al Parashát Derashim*.

AKIBA, *Ben Joseph* (mas conocido como Rabí Akiba) (50-137 de lá E.C.) sabio, rabí y exégeta de la Torá, fue uno de los más importantes expositores e interpretes de la Ley, ejerciendo una influencia

considerable del judaísmo. La historia y la leyenda le rodean de contornos extraordinarios convirtiéndole en una de las figuras más populares de la vida nacional de Israel.

Su famosa academia de Sisera constituyó una luz permanente para el exilio y sus discípulos se contaban por decenas de miles.

Habiéndose pronunciado contra el imperio romano, fue aprehendido y desollado vivo a una avanzada edad. Su heroica muerte contribuyó a afirmar su gloriosa existencia e inmortalizarlo en la mente de su pueblo.

ALGAZI, *Isaac*, rabino y talmudista contemporáneo, radicado en Montevideo y dirigente espiritual de la comunidad israelita sefardí. Escritor y ensayista colabora en las más importantes publicaciones hebreas en español, del continente. Autor de un voluminoso tratado: *El Judaísmo, religión de amor* (1945), que mereció la más franca acogida de la crítica. Es originario de Esmirna, pero habita en el Uruguay desde hace décadas.

BAILEY, *Albert Edgard*, erudito investigador contemporáneo, de la historia y de la geografía del Oriente, especialmente de Palestina. Dictó una cátedra durante dos lustros en la Universidad de Boston, consagrada al estudio del arte religioso. Entre sus más difundidas obras se cuentan: *History of the Hebrew Commonwealth* y *La vida cotidiana en los tiempos bíblicos*, vertida al español por G. Parnagnoli, en 1943.

BIALIK, *Jaim Najman* (1873-1934), considerado el "poeta nacional de pueblo hebreo" y uno de los más altos valores de la lírica contemporánea. Su inspiración

corre pareja con su profunda erudición en las ciencias judaicas a las que dió nuevo impulso. Criado y educado en Rusia, se trasladó en 1924 a Palestina donde en el curso de una década alumbro poderosamente el movimiento renacentista de Israel. Es autor, entre otras numerosas y profusas obras, de las siguientes: *El Libro de la Agadá* (Leyendas del Talmud y del Midrash) y de poemas que se han universalizado, como *En la ciudad de la matanza*. Son clásicas sus traducciones al hebreo, de *El Quijote de la Mancha* y algunas obras de Shakespeare.

BRUNNER, *Constantín*, filósofo judeo-alemán, n. 1886 y m. en 1937, después de dejar una maciza obra cultural tendiente a combatir los dogmas y los prejuicios racistas. Siendo un factor importante en la cultura europea, se consagró a revelar clínicamente los males que aquejaban a esa civilización roída en sus entrañas... sus teorías filosófico-sociales lograron muchos adeptos y perseguidos por la ola materialista y sensual que amenazaba la integridad de Europa, ya septuagenario, Brunner buscó asilo entre los círculos de su afinidad, en Polonia y Rumania. Falleció a los 71 años dejando numerosas obras, entre ellas: *La teoría acerca de los hombres espirituales y del pueblo* (1908), *Spinoza contra Kant y la verdad espiritual* (1909), *El odio a los judíos y los judíos* (1917), que le atrajeron resistencia entre propios y extraños.

CARO, *José* (1488-1575), n. en España y m. en Palestina. Autor de profusos y muy importantes comentarios bíblicos y talmúdicos. Compiló numerosas sentencias de la jurisprudencia civil y religiosa hebrea. Que con el transcurso de

los años adquirió una categoría de una verdadera codificación talmúdica. Sus exégesis y comentarios se han impuesto particularmente en el sector sefardí del judaísmo. Su obra máxima es el *Shuljan Aruj*, código máximo del hebraísmo aun en los días que corren.

CAPDEVILA, *Arturo*, n. en Córdoba (República Argentina) en 1889, ejerciendo en su ciudad natal la cátedra y el periodismo. Trasladado a Buenos Aires, su inspirado estro poético y su pluma fecunda de escritor le depararon un sitio privilegiado dentro de la cultura americana. Aficionado al estudio de las ciencias jurídicas y sociales ha producido obras perdurables de ilustración y esclarecimiento de tópicos históricos del Oriente. Su devoción por las causas nobles de la humanidad le han inducido a ponerse de lado del pueblo de Israel y del sionismo. Entre sus obras de escritor y catedrático merecen señalarse *El Oriente Jurídico*, *El Cesar contra el hombre* y *Advenimiento*. A. Capdevila es miembro de número de las Academias Nacional de la Historia y Argentina de Letras, perteneciendo, además, a prestigiosas entidades de cultura del continente.

COHEN, *Hermann*, (1842-1900), filósofo judeo-alemán que enseñó filosofía en la Universidad de Marburgo, ejerciendo poderosa influencia en la cultura germana y en la hispánica, a través de ilustres discípulos y continuadores. Sus conocimientos de las ciencias judaicas le colocan entre los expositores más elevados de los propagadores del espiritualismo hebreo, su obra fundamental *La religión de la razón a través de las fuentes judías*, publicada después de su muerte, se juzga como uno de los más grandes aportes hacia la re-

talización del pensamiento y del espíritu judío para mejor servir los intereses de la humanidad. En 1946 fue publicada en español una obra suya conteniendo dos importantes trabajos: *Enrique Heine y el Judaísmo* y *Significación del Sábado*.

COHEN, *Israel*, es uno de los más completos y veraces historiadores del movimiento de restauración el Estado judío en Eretz Israel, a partir de la presencia del Dr. T Herzl. Secretario durante muchos años del movimiento sionista mundial, siguió de cerca y paso a paso la trayectoria de quienes levantaron la bandera de la restauración judía en el solar de sus antepasados, *Su Historia del Movimiento Sionista*, escrita en inglés, fue vertida al español bajo el patrocinio de la F.S.A (1947) y constituye el más documentado estudio sobre la materia.

DONOSO CORTÉS, *Juan* (1809-1853). Prominente hombre de estado y político español que figuró en las filas del partido moderado dentro del cual dirigió una fracción llamada "noecaticismo". Sus convicciones monárquico-religiosas y aun absolutistas no fueron obstáculo para que se consagrara a los estudios sociales, políticos e históricos, en los que se destacó por sus ideales de humanismo y de alta espiritualidad. Orador de fusté, embajador, literario y académico, don Juan Donoso Cortés, autor entre otras obras de Memorias sobre las situaciones actuales de la Monarquía y Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, ha dejado una admirable oda sobre la Biblia que aún se recuerda como una de las más apasionadas exaltaciones por el Viejo Testamento y por el Pueblo que lo produjo.

DARMESTER, *James* (1849-1894) constituye una brillante expresión del pensamiento judío del siglo XIX. Licenciado en ciencias y letras, doctor en derecho, profesor y aún director de las Escuelas de Altos Estudios y miembro del Colegio de Francia; emisario de la cultura francesa por el mundo y animador de infecundo movimiento intelectual, dedicó, sin embargo, su talento y su erudición a escribir sesudos ensayos sobre tópicos judíos, entre los cuales se ha difundido uno acerca de *Los profetas de Israel*. Para explicar la fe y esperanza de Darmesteter acerca de la influencia bienhechora que ejerce el espíritu judío sobre la cultura de la humanidad, baste mencionar que su ensayo intitulado, en el original *Les Prophetes d'Israel* finaliza con esta frase: *La religión del siglo XX se encuentra en esas dos exclamaciones: nacerá de la fusión del profetismo y de la ciencia.*

DUBNOW, *Simón*, escritor e historiador judío nació en Rusia (1860) y muerto por los nazis. Su obra máxima consiste en una monumental historia del pueblo judío vertida parcialmente al español por S. Resnik. A pesar de no haber militado en el sionismo, Dubnow procuró señalar la supervivencia del carácter nacional hebreo a través de los diversos exilios, su ideología fue adoptada por el partido popular judío y otros organismos democráticos.

FILON nació hacia el año 30 antes de J.C., celebre filósofo de origen judío, cuya obra es señalada como el primer intento de aproximación entre el pensamiento y la filosofía griega y la Biblia. Su acción ejerció singular influencia

sobre los Padres de la Iglesia Cristiana, si bien fue muy efímera y leve en la tradición de las ideas del judaísmo. La tendencia de Filón fue reeditada posteriormente (en los siglos IX y X) por medio de traducciones hebreas de los grandes filósofos griegos: Aristóteles, Platón, con escaso resultado. Es autor de numerosas obras científicas. Ignorase la fecha de su muerte.

GUINZBURG, *Iser*, afamado publicista judío contemporáneo, radicado en Nueva Cork, que dedica gran parte de su profusa obra al estudio y esclarecimiento de los complejos asuntos relacionados con las ciencias talmúdicas. Es autor de una interesante historia de los orígenes del cristianismo y una historia biográfica de los poetas y filósofos judíos de la Edad Media, pero su obra más conocida es *El Talmud*, escrita en "idish" y traducida al español por S. Reinach.

HEINE, *Enrique* (1797-1856), uno de los valores más altos de la lírica alemana y a la vez del más odiado y perseguido por sus compatriotas. Su vena poética fue tan poderosa como su ingenio y su sátira. Judío converso, jamás se convenció de la posibilidad de modificar el espíritu y cambiar de creencia como se cambia un traje... su vocación por los temas judíos se tradujo en maravillosas parábolas como su *Princesa Sábado* y algunos de sus más cerebrados "lieder", amen de sus conocidos *El Rabí de Bacharach* y las *Lamentaciones*, de temas judíos.

HERZI, *Theodor* (1860-1904), creador y animador sionista político, cuyas bases expuso en su celebre folleto *El Estado Judío*, que apareció en 1897. Oriundo de

Budapest, logró singular fama como escritor y dramaturgo, pero su mayor merito consiste en haber traído una nueva esperanza, señalándoles el camino a su rehabilitación como nación judía en el suelo de sus antepasados. Es autor de numerosas obras de teatro y de una interesante novela de alcances sionistas: *Vieja y Nueva Sión*.

HIRSCH, *Barón Maurice de* (1831-1896), n. en Munich y m. en Hungría. Filántropo judío de fama mundial, dueño de una inmensa fortuna lograda como director ingeniero de grandes empresas ferroviarias en Europa. Adepto del judaísmo y poseedor de bellos sentimientos de solidaridad para con sus hermanos de raza, cumplió una muy vasta acción altruista promoviendo grandes planes de colonización Israel en la América del Sur.

La obra que en la Argentina se caracteriza bajo la sigla de "I.C.A" ha contribuido poderosamente al desarrollo agropecuario del país que cuenta con unas 30 mil judíos dedicados ala agricultura en las zonas de Litoral y del Chaco.

Su esposa, Clara de Hirsch (1933-1899) prosiguió, después de la muerte del Barón, con la obra generosa que aquél había promovido y alentado en vida.

ISAACS, *Nathan*, profesor de derecho comercial en el Graduante School of Studies de la Universidad de Harvard. Investigador de las huellas de Israel en la cultura y especialmente en el derecho de occidente, cuyas tesis consiste en afirmar que *Israel jamás ha cesado de aportar sus contribuciones al fondo común de las ideas jurídicas de occidente*. Reacciona contra la tendencia filojudía de atribuir exagerada influencia a la

Sagradas Escrituras sobre toda creación jurídica de Europa u América del Norte, discriminando sabiamente acerca de los verdaderos transplantes y las mixtificaciones de autores judíos y gentiles.

JOSEFO, *Claudius* (según el nombre romano), n. 37 y m. 95 o 105 de la era cristiana. Fue uno de los líderes de la nación judía en su lucha por la independencia libra contra el imperio romano (66-71), pero su reconciliación con Vespasiano y su actuación frente a Tito durante el sitio de Jerusalén arrojaron sobre su persona la sombra de la traición a su pueblo. Voluntariamente o involuntariamente, fue Josefa un servidor de Roma, historiador, apologista el judaísmo y asimismo de Roma, fue también un brillante narrador de los acontecimientos en los que le tocara actuar y así tenemos su obra *Historia de la guerra de los Judíos*, que Tito apreciaba extraordinariamente; *Antigüedades Judaicas* (veinte volúmenes). *Vida militar y política* (de carácter autobiográfico), escritas todas en griego, idioma que dominó a la perfección, según San Jerónimo, fue Josefo "el Tito Livio de la Grecia"

JUDA, *Halevy*, n. en España a fines del siglo XI y m. en 1140. Es uno de los más insignes poetas hebreos y un valor lírico universal de altos quilates. Muchos de sus poemas están incorporados al ritual religioso hebreo y otros sirven como canon de la poesía romántica española. Fue, además, filósofo y pensador.

KITTEL, *Rudolph* (1853-1929), n. y m. en Alemania. Profesor de teología de Breslau y hasta su fallecimiento, catedrático de la

de Leipzig, en la exégesis del Viejo Testamento. Entre sus más valiosas y difundidas obras se cuentan: *Biblia Hebraica e Historia del Pueblo Judío*, además de comentarios a los libros de *Jueces*, *Samuel*, *Crónicas*, *Isaías* y *Salmos*, que constituyen vastas y minuciosas monografías sobre la Biblia en relación con los factores geográficos, arqueológicos y morales que influyeron sobre el desenvolvimiento del “Pueblo del Libro”.

LEON, *de Módena* (1571-1648) n. en Venecia, llegando a conquistar extraordinariamente lustre por sus cualidades de orador y poeta de alto vuelo. Su gran cultura hebrea le permitió verter a dicha lengua, en armonioso verso, algunas obras clásicas de la cultura europea. Produjo un interesante libreo acerca de *Las ceremonias y costumbres que se observan entre los judíos*, cuyas apreciaciones aún se leen con provecho en nuestros días.

LEVY, *Louis-Gérmain*, n. en París en 1870. Gran Rabino de la comunidad Israelita, introdujo en Francia las ideas del judaísmo “reformista” llegando a fundar la Sinagoga Liberal de París. Es autor de numerosos ensayos y comentarios sobre diversas fases de la ética y de la moral religiosa de su pueblo: *La Familla dans l'antique israélite*, *Maimonides*, *Des ailles a la terre* y *Une theologie rationnelle et laïque*.

LEVY, *Rende*, abogado en el tribunal de Méz doctor en derecho nacido en Francia, donde goza de amplio prestigio por su consagración a las ciencias jurídico-sociales. Es autor de un importante tratado intitulado: *Le divorcé juif et les conflicts des lois qu'il peut engendrer* (Edic. Le Presse

Universitaires de France), en el que se estudian todas las fases del problema, a la luz de las legislaciones europeas.

LATTES, *Dante*, n. en Italia en 1876. En 1896, en plena adolescencia, fue designado colaborador y después editor del periódico de Trieste *Il Corriere Israelítico*, de circulación profusa en todo el país. Con Alfonso Pacifici fundó en Florencia (1916) el periódico *Israel*, que trasuntaba un ardiente sionismo y que realizó una verdadera obra de renacimiento en el seno del judaísmo itálico. Grande conocedor y cultor de la lengua profética, enseñó el hebreo moderno en el Instituto de Lengua Eslava y Orientales de Roma, gozando de amplia privanza en los más caracterizados círculos intelectuales del país. Las discriminaciones raciales le obligaron a suspender su obra primero y a abandonar el suelo natal, después. Actualmente se encuentra radicado en Tel Aviv (Palestina), donde prosigue su acción de esclarecimiento y de educación espiritual de las masas.

LINK, *Pablo*, n. en Sahy (Checoslovaqui) en 1903. Es ingeniero de Leeds (Inglaterra). Radicado en la Argentina hace mas de 20 años, dicta cátedra de la Escuela Industrial de la Nación “Otto Krause” y ha adquirido nombre entre los técnicos de su especialidad, lo cual no es óbice para que además de una veintena de libros sobre tópicos de su profesión, haya escrito varios acerca de temas de judíos: entre otros: *Evolución del Judaísmo* (1934), *Bases del Judaísmo* (1948) y autor de una voluminosa *Enciclopedia Judía*, cuyos originales, por especial gentileza del Ing. Link, hemos tenido a mano. Dicha *Enciclopedia* es la primera en su género que aparecerá en idioma español y se encuentra en prensa.

MONET, *Eduardo Luís*, orientalista contemporáneo, n. en 1856. Estudio en su ciudad natal (Lyon, Francia) y

luego en las Universidades de Ginebra, Heidelberg y París, donde se graduó. Es profesor decano de la Facultad de Teología Protestante de Ginebra, donde dicta cátedra de lenguas semíticas. Es autor de obras que constituyen un interesante aporte a la ciencia histórica y filosófica. Es autor de: *Le Livre du Prophete Joël* (1870), *La legnde du Christianisme a Lyon* (1880), *Historie du Peuple d'Israel* y *Essei sur les origines des partis pharisien a saducéen* (1883), así como varios tratados filosóficos y de una gramática hebrea.

MOYSE, *Gabrielle*, escritor y publicista judeo-francés contemporáneo, cuyas obras significan aportes valiosos a la historia y al derecho hebreo, a través de los textos bíblicos y talmúdicos. Es autor de: *Le Sanedrín* (Costumbres israelitas); *Héroines bibliques*, *Espoirs et souvenirs* (poemas), *Vers le Bien* (Tópicos educacionales) y *Le Talmud de Babylone* (París 1926), en el que estudia instituciones civiles y criminales del Talmud.

MENDELSON, *José*, n. en Ucrania (Rusia) 1891. Llegó a la Argentina en 1912, dedicándose a la docencia hebrea en una escuela del I.C.A., en Moisés Ville, centro de una importante colonia judéo argentina. Desde 1917 desempeña la jefatura de redacción del importante matutino *Di Idische Zeitugn*, y a partir del año 1942 ejerce la dirección del Seminario Hebreo, una de las mas importantes de Sud América. Periodista y publicista de nota tienen una abundante producción bibliográfica, de la que merecen destacarse: *Antología de ensayos escritos durante un cuarto de siglo*, *Raschi*, y *Cincuenta años de Colonización*, escrito en conmemoración del cincuentenario de la colonización del Barón Hirsch.

MELCHETT, *Henry Lord* (hijo de Sir Alfred Mortiz Mond, ilustre industrial y estadista británico). N. en Lon-

dres (1898) y siguió las huellas de su padre, incorporándose desde muy joven a la lucha parlamentarias en la Cámara de los Lores. Su devoción hacia su pueblo de origen racial y étnico data de 1933, como reacción y protesta a la barbarie del *hitlerismo* y desde ese entonces el brillante líder político conservador ha luchado y lucha por la realización en todos sus términos del documento llamado "Declaración Balfour". En 1944 ingresó a la "Agencia Judía Mundial" y una de las mas prestigiosas figuras del judaísmo ingles. Es autor de un interesante libro intitulado: *Thy Neighbor*, vertido al español bajo el nombre de *Tu Próximo*, en ocasión de una visita a la Argentina, el que constituye una ardiente afirmación del nacimiento judío.

MENES, *Abraham*, publicista e historiador judío contemporáneo, n. en Grodno (Polonia), 1897, siendo autor de numerosas y enjundiosas obras sobre sociología, economía e historia del pueblo de Israel. Autor de una obra fundamental acerca del Pentateuco en relación con la política general y económica del sionismo en Palestina.

Emigró a París en 1933 y se le designo colaborador permanente de la *Enciclopedia Judía*; en 1940 vióse obligado a emigrar hacia Nueva York, donde prosigue su erudita obra en la nombrada *Enciclopedia*, al par que colabora en la importante prensa israelita de los Estados Unidos.

NETTER, *Charles* (1826-1887), n. en Francia y m. en Jaffa, durante una de sus numerosas visitas a la primera colonia judía de la nueva Palestina. Fue propulsor y *alma mater* de los ensayos de colonización que precedieron al movimiento sionista. En una etapa primaria del proceso de restauración de Eretz Israel y cuando la gran mayoría de los judíos poderosos de Europa se entregaba a los aparentes encantos de la "asimilación", Netter se

ilusionó con el ideal del “retorno” y consagró muchos esfuerzos para revivir el viejo solar de Israel.

NIJENSHON, *Wolf*, n. en Rusia (1893), es uno de los propulsores más eficaces del sionismo entre los israelitas de la Argentina. Escritor y propagandista de los ideales del renacimiento hebreo, es autor de numerosos trabajos sobre los fondos financieros del movimiento (*Keren Kayémet Leisrael*), de un folleto intitulado: *Vida y Obra de Teodoro Herzl* y de una obra en dos tomos: *Historia del Sionismo*.

PASTORET, *Claudio Manuel José Pedro* (Conde y luego Marqués de) (1840-1897), estadista y político francés, consejero en el Tribunal de Subsidios, individuo de la Academia de Inscripciones y Procurador Sindico del Departamento de Sena. Prestigiosa figura de la “Restauración” estuvo expuesto a las vicisitudes de la revolución (1791-1792) y el destierro. El rey triunfante le colmó de honores y de privilegios, más prefirió retirarse a la vida privada, donde se dedicó a escribir obras tan fundamentales como *Moisés, como legislador y moralista* (1788), traducida por primera vez al español en 1789; *De las leyes penales e Historia de la Legislación*, obra monumental de once tomos.

MIELZINER, *Mosés* (1828-1903), n. en Alemania y m. en Nueva York, representa el tipo de religioso y educador judío para quien la vida constituye un sacerdocio permanente. Educador en el más elevado sentido de la palabra, Mielziner es prototipo de predicador y misionero, cuyo pensamiento y cultura han estado siempre al servicio de los grandes ideales de la humanidad. Sus grandes sermones en Copenhague, siguen siendo famosos por su sabiduría y ética profunda, habiendo merecido la más amplia publicidad. En la Unión se le consideraba como uno de lo más prominentes valores del

denominado “judaísmo reformista” siendo obra de consulta su tratado intitulado *Jewish Law of Marriage and Divorce*, así como su *Selection from the Book of Salmes, Legal Maxim from the Talmud* y *Rabbinical Law of Hereditary Succession*.

MAIMONIDES, *Moisés ben Maimon*, conocido asimismo con el acróstico de RAMBAM (1135-1206), filósofo médico, enciclopedista, llena un siglo con su extraordinaria figura. Llevó el racionalismo judío a su más alta expresión. En su célebre Comentario de la Mishná, logra formular las más precisas interpretaciones de las sentencias talmúdicas, procurando simplificar las discusiones y sentar reglas sintéticas que sirvieran para la más acabada exégesis. A través de sus macizas obras – *Misné Torá, Yad Jazaká* y *Guía para los Extraviados*– ejerció una extraordinaria influencia, a través de las edades, sobre el pensamiento judío.

REINACH, *Salomón* (1866-1932), n. en Francia y logró gran fama por sus trabajos de historia y arqueología. En su difundida obra *Orfeo – Historia de las religiones*, realiza un erudito paralelo entre las ideas filosófico-religiosas de la antigüedad. Con sus hermanos José y Teodoro constituyen una hermosa trilogía en el progreso de las ciencias históricas y religiosas.

RASCHI, *Rabi Salomón Baar Isaac* (1040-1105), n. y m. en Troyés, donde dirigió una famosa Academia de Ciencias Judías. Autor de celebres comentarios bíblicos y talmúdicos. A mas de exegeta profuso fue filósofo de alto vuelo y su nombre es sinonimia de sabiduría entre los hebreos. Con motivo del centenario de su nacimiento, un comité especial dio a conocer en la Argentina una voluminosa recopilación de extractos de su obra.

ROSENVASSER, *Abraham*, abogado y profesor de historia contemporánea. N. en Carlos Casares, Colonia Mauricio (Buenos Aires) y después de graduarse desempeño diversas cátedras de historia de las civilizaciones antiguas, cuya docencia completó con la publicación de las obras siguientes: *Historia de la Civilización Antigua*, *Historia de Egipto y Oriente e Historia de la Histograma, Escritura, escritas y literatura en el Antiguo Egipto*, *Textos literarios en el Antiguo Egipto- Los textos dramáticos*, *Atenas y su orientalismo*, *Fundamentación histórica del Código de la Alianza y Torneos y acertijos en el Antiguo Egipto*. Además es vasta y valiosa su obra dispersa en publicaciones y revistas especializadas.

RENAN, *José Ernesto* (1823-1892) orientalista, filósofo e historiador francés. Realizó una expedición científica a Siria (1856) y otra a Egipto (1856), donde extrajo un material extraordinario para sus obras fundamentales acerca de temas históricos y filosóficos. Profesor de hebreo en el Colegio de Francia, fue elegido para formar en la Academia Francesa y en las de Ciencias Morales y Políticas. Su obra legada es vasta y maciza: *La vida de Jesús*, *Historia de los orígenes del Cristianismo*, *Historia general del sistema Comparador de las lenguas Semíticas*, *El libro de Job*, *El Eclesiastés* y su monumental *Historia del Pueblo de Israel* en tres volúmenes.

RABINOWICZ, *Israel Michael*, n. en Rusia 1818 y m. en Londres 1893. Talmudista y escritor, estudió filosofía y medicina en Breslau, trasladándose a París (1854) donde llegó a gozar de una amplia hegemonía espiritual sobre los israelitas de Francia. Su obra cumbre se halla señalada por la *Legislation Civile du Talmud* (5 vol., París 1873-1880) completada por la *Legislation Crimmiene du Talmud* (1876). Es autor, además, de valiosas obras de

consulta como: *La médecine du Talmud*, *La role de Jésus et des apotes*, *La religion nationale des anciennes hebreux*, etcétera. En los últimos años emprendió la obra de traducir al francés los trabajos mas importantes de Maimónides.

SENDEREY, Moisés, nacido en Mogilow (Rusia) en 1891, radicase, en la Republica Argentina desde temprana edad y se incorporó al movimiento cultural israelita, destacándose en las tareas del periodismo y la publicidad, en "idish", hebreo y español, colabora en forma permanente en la prensa israelita.

SALVADOR, *Joseph* (1796-1873), n. en Francia, escribió importantes tratados de historia clásica y se especializo en estudios judaicos. Entre otros libros es autor de *Las Instituciones de Moisés*, donde expone los fundamentos racionales de la legislación mosaica; Jesucristo y su doctrina y Paros, Roma y Jerusalén, en los que expone las bases de una religión universal fundada sobre un judaísmo renovado.

WEILL, *Emmanuel*, rabino francés y uno de los hombres de mayor cultura bíblico-talmúdica, de su tiempo. Rabino de Versalles (1856), veinte años mas tarde paso a ocupar el cargo de asistente del Gran Rabino de Paris. Es autor de una interesante y documentada obra intitulada: *La femme juive selon la Bible et le Talmud* (Paris 1881) y *Judah Maccabé suivi de Rabbi Akiba*.