

STAGL, Jakob Fortunat, *La vida de los hombres mismos vista de un lado particular. Ensayos de derecho civil chileno y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 302 pp.

En apariencia, el libro que se reseña podría parecer una colectánea de trabajos escritos por su autor (en dos casos en coautoría) sobre diversos tópicos relacionados con la historia de las ideas jurídicas y el derecho privado comparado que no guardan relación entre sí. Sin embargo, detrás de los siete artículos reunidos en este volumen sí existe un hilo conductor y el autor lo hace explícito en el pequeño párrafo que, a guisa de presentación, precede a los agradecimientos de rigor (p. 19). Jakob Fortunat Stagl, quien es actualmente catedrático del Departamento de Ciencias del Derecho en la Universidad de Chile, señala ahí que su ambición consiste en probar la verdad de la frase usada para dar título a la obra que ofrece, tomada del *Vom Beruf* de Frederich Karl von Savigny (1779-1861), mediante la demostración de esa particularidad que el jurista adopta al ejercer su arte. La elección de este célebre folleto como inspiración, que marca un giro radical en el desarrollo de la ciencia jurídica europea, no es casual: «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho» (1814) constituye un manifiesto contra el movimiento codificador que surgía en Alemania, que se articula sobre la necesidad de emprender un estudio histórico de la ley positiva como precedente para la adecuada comprensión de la dimensión científica del derecho. Ella trabaja racionalizando un material que le viene dado, puesto que «todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia», según sostenía Savigny. Por eso, el derecho escruta las relaciones humanas desde un prisma particular, que es la dimensión de lo bueno y lo justo, siguiendo la clásica y conocida definición de Celso (Dig. 1, 1, 1, pr.), y asumiendo que aquél es también un producto histórico.

La obra se divide en dos partes, compuestas de cuatro y tres trabajos, respectivamente. La primera se titula Πρώτα e invita a volver la mirada hacia esos días antiguos del derecho romano que sirven de simiente a la cultura jurídica occidental. Ahí se incluyen: «De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano» (pp. 23-56); «Autonomía privada y ley pública en Roma» (pp. 57-72); «Una huida a Roma: la trayectoria intelectual de Ernst Rabel» (pp. 73-100), y «Malestar y bienestar en la codificación: el comentario jurídico en América Latina» (pp. 101-130). Como homenaje al Digesto, la segunda parte se titula *De rebus* y agrupa trabajos que pertenecen al derecho de bienes y de obligaciones en clave comparatista, dos de ellos teniendo como uno de los puntos de comparación el Código Civil chileno (1855). Comparecen aquí: «La venta de cosa ajena en la sistemática del Código Civil» (pp. 133-163); «La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho europeo» (pp. 165-209), y «Gravamen (pena) contractual en Alemania y Chile: dos modelos opuestos» (pp. 211-260). Todos los ensayos habían sido publicados con anterioridad, algunos de ellos en más de un idioma, y el autor da debida cuenta de ello (pp. 301-302). Cierra el volumen un elenco bibliográfico general, que incluye la jurisprudencia chilena citada (pp. 261-300).

«De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano» es un trabajo destinado a mostrar los inicios de una idea que con los siglos se iría expandiendo y desarrollando, pese a las amenazas que en la actualidad experimenta desde distintos flancos.

El objetivo del autor es demostrar que el concepto actual de persona, que concibe a esta como «una abstracción que individualiza al ser humano en referencia al sistema jurídico» (p. 23) para cristalizar «una ineludible protección mínima» (p. 27), tiene raíces romanas que no han sido investigadas bajo una aproximación personalista. Stagl comprueba la etimología habitual de la palabra «persona», que identifica el concepto con una máscara, pero también lo vincula con la idea de poder (pp. 28-30): se trata de una investidura reconocida por la sociedad. De esto se sigue que el derecho de las personas es el derecho de los estatus sociales, vale decir, el concepto comporta un supuesto basal que permite clasificar a los seres humanos en categorías singulares (p. 31). Así van surgiendo los distintos actores del mundo romano: libres y esclavos, nacidos libres y libertos, romanos y extranjeros, el *pater familias* y sus dependientes (pp. 32-38).

A partir del siglo I d. C., los juristas romanos comienzan a disolver las rígidas divisiones que existían entre los distintos estatutos, propendiendo hacia la igualdad sustancial de los seres humanos bajo el concepto técnico de «persona» (pp. 38-41). En esta transformación cupo a Gayo un papel crucial, pues fue el primero en tratar a todos los seres humanos bajo la denominación genérica de «personas» y reconocerles así una cualidad distintiva tanto en el plano social como jurídico (p. 54). Esta mutación en el plano de las ideas jurídicas se produce en paralelo a los cambios que experimenta la sociedad romana, que llevan a que la persona sea sinónimo de sujeto de derecho y designe al ser humano «liberado de sus cadenas de estatus» (p. 43). En otras palabras, «[l]a igualdad formal forzó la igualdad material» (p. 52). Detrás de estos cambios está el surgimiento del derecho natural, que reclama un concepto unitario de ser humano al que puedan aplicarse unas disposiciones jurídicas inmutables que no dependen del tiempo o el lugar (p. 46), y también el crecimiento del cristianismo, puesto que «el concepto de persona develó su efectivo potencial antropológico a partir del Medioevo cristiano» (p. 54). Pero esta aproximación carece todavía del individualismo necesario para permitir la construcción de una doctrina sobre derechos fundamentales basada en el derecho natural (p. 50). Esto sólo será posible cuando, ya a mediados del siglo XX, como resultado del horror de la Segunda Guerra Mundial, esos derechos se conviertan en directamente accionables. Sin embargo, en esa época aparecen también las posturas «antipersonalistas que intentan descartar a la persona con sus ambigüedades» (p. 55). Este movimiento pendular aboca a una conclusión que desafía el entramado antropológico sobre el cual se han asentado nuestras referencias vitales: la persona es el ser humano en la cultura, y de ahí viene el malestar que suscita (p. 56). Este es el gran drama del derecho posmoderno.

Por cierto, la función de la persona como centro del derecho comporta un tema que Jakob Fortunat Stagl ha abordado con profusión. De hecho, ha publicado en paralelo otra colección de trabajos titulada *Camino desde la servidumbre. Escritos sobre servidumbre en la Antigüedad, su derrota y la amenaza de su retorno* (Madrid, Dykinson, 2021), donde ahonda en la función axial de la persona en el sistema jurídico y el sentido que tiene la libertad como elemento determinante de su acción en medio de la comunidad (entre esos trabajos destaca uno sobre la *restitutio in integrum* en el derecho indiano, que recuerda la protección dispensada por la Corona española a los indígenas frente al tratamiento igualitario que impondrían las codificaciones republicanas, con la consecuencia de sumergir el problema sin darle la debida solución).

«Autonomía privada y ley pública en Roma» es un capítulo breve, pero sugerente. Su objetivo es proporcionar los argumentos para desmontar un tópico que se suele repetir en torno al derecho romano: las leyes no tuvieron demasiada importancia en el derecho privado de la antigua Roma, puesto que este era una creación de los juristas (p. 57). Esta conclusión parece estar basada en la consideración de las citas del Digesto, lo cual no es un argumento conclusivo. Stagl da cuenta del análisis de Dario Mantovani, hoy catedrático del Collège de France, quien sostiene que ese cuerpo fue expurgado de las referencias legales pertinentes, ya que el objetivo era resaltar la exclusividad de la legislación justiniana (pp. 57-58). Por lo demás, así lo demuestran las referencias que contienen las *Instituciones* de Gayo, un manual jurídico compuesto hacia mediados del siglo II d. C.

En verdad, el derecho romano «no es un modelo para el liberalismo» (pp. 66-67), puesto que la autonomía privada no era ilimitada como usualmente se piensa. Esto es cierto sólo en lo que respecta al derecho de obligaciones y de bienes, pero no era así en materia de derecho de familia y de sucesiones. La razón de esta falsa creencia proviene de «una ilusión óptica que resulta de la tradicional preponderancia del interés de la romanística por los contratos» (p. 65), que se ha prolongado en el derecho civil moderno. Por el contrario, para los romanos era mucho más importante «la transmisión y mejora del estatus» (p. 65), a diferencia de lo que sucede en el derecho actual que se asienta sobre el contrato como elemento articulador del tráfico (p. 67). Esto confirma la tesis de Henry Sumner Maine (1822-1888), según la cual las sociedades evolucionan desde el estatus al contrato (p. 60) o, si se prefiere, desde las posiciones a las relaciones, por seguir la terminología que usaba Álvaro d'Ors (1915-2004) para distinguir entre derecho público y derecho privado. El aserto viene demostrado con dos anexos que enumeran las leyes públicas y senadoconsultos que conformaban el derecho privado romano, con indicación de su fecha y materia (pp. 67-72). El lector interesado en profundizar sobre el equilibrio entre la potestad pública y la autoridad de los juristas puede acudir al libro de Javier Paricio intitulado *La formación del derecho privado romano* (Marcial Pons, 2.ª ed., 2022), cuya versión revisada acaba de aparecer.

«Una huida a Roma: la trayectoria intelectual de Ernst Rabel» resulta un ensayo muy sugerente para el lector hispanoparlante, que sólo tiene de este autor (con seguridad uno de los grandes juristas de la historia) algunas referencias circunstanciales basadas en su carácter de precursor de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). Stagl compara la trayectoria de Ernst Rabel (1874-1955) con la de Hans Kelsen (1881-1973), dos figuras destacadas de la ciencia jurídica del siglo XX (pp. 97-99): ambos habían nacido y crecido en el rico ambiente cultural del Imperio Austrohúngaro (descrito con maestría por Stefan Zweig en *El mundo de ayer*), tenían ascendencia judía, acabaron enseñando en los Estados Unidos e intentaron una huida que evitase el particularismo jurídico derivado de los crecientes nacionalismos que amenazaban (y todavía amenazan) con fraccionar el país y Europa. Pero más allá de los distintos ámbitos en que cada que estos autores realizaron su obra, las sendas elegidas fueron distintas (p. 99), y también el conocimiento de uno y otro que existe en el mundo jurídico hispanoamericano. La causa de esto proviene de la mayor generalidad que presenta la teoría del derecho frente al derecho privado (aunque Rabel tuvo también participación en la redacción de un documento de trabajo del

American Law Institute que sirvió de base para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas), pero, sobre todo, por la ausencia de traducciones al castellano de las obras capitales de Rabel. Distinto fue el caso de Kelsen: en su recomendable biografía, Gregorio Robles cuenta que la *Teoría pura del derecho* se publicó primero en España, puesto que Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) tuvo acceso a los apuntes que Kelsen utilizaba en sus cursos de la Universidad de Colonia, los que publicó traducidos anticipándose a la edición príncipe de esa obra confeccionada a partir de una reelaboración de esos materiales y aparecida en 1934 (ROBLES MORCHÓN, G., *Hans Kelsen. Vida y obra*, Madrid, Thomson/Civitas, 2014, p. 127). Desde entonces, la casi totalidad de la obra de Kelsen ha sido vertida al español y objeto de innumerables estudios especializados.

Hans Kelsen apostó por la elaboración de una ciencia jurídica aséptica de raíz kantiana, que se construye mediante la validación estatal de las reglas jurídicas a partir de una norma fundante básica cuya validez se presupone y se excluye de la discusión. La ciencia del derecho es así descriptiva: asume el derecho existente, que explica y desarrolla a partir de los conceptos necesarios para una comprensión universal del fenómeno jurídico (a Kelsen se debe la formulación de unos «conceptos jurídicos fundamentales», que hasta hoy se utilizan los programas y manuales de teoría del derecho: el hecho ilícito, la sanción, el deber jurídico, el derecho subjetivo, el sujeto de derecho y la responsabilidad jurídica). Con todo, la radical separación entre derecho y moral que conlleva la exclusión de la metafísica ha hecho que la propuesta de Kelsen en torno al derecho no haya logrado sobrellevar el paso del tiempo, a diferencia de su defensa de la democracia basada en la combinación de libertad e igualdad, idea sobre la que Norberto Bobbio (1909-2004) volvería durante los años finales del pasado siglo (véase, por ejemplo, PEÑA GONZÁLEZ, C., *Ideas de perfil*, Santiago de Chile, Hueders, 2015, pp. 403-410).

Ernst Rabel eligió otro camino para evitar el particularismo que reclamaba la división geopolítica dejada por la Primera Guerra Mundial: se decantó por una «huida a Roma», que consistió en la defensa de «un derecho mundial fundado en el derecho natural» (p. 96). Esto significaba la búsqueda de unas reglas y principios jurídicos que no dependieran del lugar de elaboración o aplicación, sino su valor intrínseco como criterio razonable de resolución de un conflicto intersubjetivo. El objetivo era construir un derecho uniforme que reviviera el *ius gentium* romano. Por lo demás, esta disciplina no era desconocida para Rabel: en 1913 había publicado *Grundzüge des römischen Privatrechts* («Esquema de Derecho privado romano»), que marca su despedida del derecho histórico para centrarse en la comparación jurídica a la que comienza a dedicarse tres años después. Para este autor, la indagación sobre la naturaleza de las cosas hace que las instituciones jurídicas sean analizadas de acuerdo con su función social (p. 94), puesto que las sociedades con una composición similar tienden a resolver sus problemas de manera parecida (p. 95). Se trata de encontrar la solución que se presenta como la más justa para una situación concreta, de suerte que ella tenga validez universal como parte de un ordenamiento global (un objetivo semejante, impulsado por una globalización más acelerada y profunda que la que vio Rabel, ha llevado a cabo en los últimos años Rafael Domingo (véase DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2.ª ed., 2008, con versión en inglés). Guiado por esa misma motivación, entre 1928 y 1933 Rabel formó parte del consejo de gobierno del Instituto Internacional para la Unificación

del Derecho Privado (UNIDROIT), que había nacido al alero de la Sociedad de las Naciones, donde trabajó en estrecho contacto con Vittorio Scialoja (1856-1933). De este modo, también puede ser considerado el precursor de los textos de armonización que éste ha producido.

De ahí que los esfuerzos de Rabel aparezcan coronados por dos obras que, pese a tratar de temas distintos, pretenden cumplir la misma finalidad de sentar las bases de un ordenamiento jurídico mundial. Se trata de *Das Recht des Warenkaufs* (1.º tomo, 1936; 2.º tomo, póstumo, 1958) y *The Conflict of Laws: A Comparative Study* (4 volúmenes, aparecidos entre 1945 y 1954, y reeditados como obra de conjunto en 1958). Su ejercicio comparatista sobre el contrato de compraventa sirvió de insumo para el régimen uniforme de la compraventa internacional de mercaderías. Ingeborg Schwenzer recuerda que la lista de agradecimientos de este libro es una suerte de guía del mundo académico que más influencia tuvo en Europa y Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial, con fuerte presencia de los juristas alemanes que permanecieron en Alemania o que se vieron obligados a emigrar por las circunstancias políticas de su país (SCHWENZER, I., «Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria», en REIMANN, M./ZIMMERMANN, R. [eds.], *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 81). Por su parte, fue en su tratado dedicado al modo de resolver los conflictos de leyes donde Rabel expuso su teoría de la calificación autónoma en el derecho internacional privado, donde postula que «no se trata de vincular los conceptos del derecho de conflictos a un derecho sustantivo u otro, sino de desvincular el derecho de conflictos del derecho sustantivo», dado que ambos «comparten la misma ‘materia prima’—las circunstancias vitales— a las que hacen referencia los distintos supuestos de hecho. Gracias a la emancipación del derecho de conflictos del derecho positivo, se abren las puertas a la calificación autónoma [...] de las circunstancias vitales» (pp. 84-85). A esta teoría y su función dentro del pensamiento del autor austríaco dedica Stagl mayor atención (pp. 83-86) que aquella que presta a los trabajos sobre unificación de la compraventa de mercaderías (pp. 99-100).

«Malestar y bienestar en la codificación: el comentario jurídico en América Latina» es un ensayo que se aproxima, con la mirada de un jurista europeo (sesgo que también se observa en el capítulo sobre el continente incluido en el *Oxford Handbook of Comparative Law* escrito por Jan Kleinheisterkamp, presente en sus dos ediciones), a una notable ausencia dentro de los géneros literarios que el derecho ha producido en dicha área geográfica. La tesis de Stagl es que en los países donde no existe comentario, entendido como una obra que busca hacer comprensible e interpretar el texto de un código, pero también reforzarlo, completarlo y corregirlo (p. 105), «se percibe un cierto malestar con la codificación, especialmente en lo que respecta a su sistemática» (p. 101). Esto proviene de dos causas principales: la primera es que «el comentario es ajeno al genio autóctono de Latinoamérica, y más bien es un género del imperialismo español» (p. 130); la segunda se refiere a la separación entre el texto de la ley y su aplicación por parte de la comunidad que está llamada a regir, de donde proviene el «codificacionismo» como equivalente funcional al comentario, dado que la ley queda pronto desfasada por la ausencia de un desarrollo vital y se busca sustituirla por otra de nuevo cuño (p. 127).

Para demostrar su hipótesis, Stagl se remonta hasta las Siete Partidas, que «se convirtieron en el derecho territorial general del Nuevo Mundo» (p. 103),

adquiriendo el protagonismo que no habían tenido en la Península por la existencia de derechos propios. Ellas fueron conocidas y aplicadas en los territorios españoles de ultramar según la edición de 1555, que incorporaba las glosas de Gregorio López (1496-1560). La obra de quien fuera miembro del Consejo de Indias «está en lo más alto de su época y no tiene igual en la literatura jurídica en alemán» (p. 106), pero carece continuidad en la naciente doctrina de las naciones desmembradas de la metrópolis (en España cabría incluir dentro de esta estela los comentarios con que Florencio García Goyena publicó el Proyecto de Código Civil de 1851, que deberían haber merecido alguna referencia). Para demostrarlo, el autor ofrece enseguida una revisión de cada uno de los países más representativos del continente (en el orden de tratamiento: Chile, Argentina, Brasil, Ecuador, Colombia, México y Perú) y la posición que en ellos ha tenido o tiene el comentario (pp. 106-124).

Aunque en esta última parte hay algunos errores de referencia (como la omisión del Código Civil de Bolivia promulgado en 1975, la alusión a las *Explicaciones de Derecho chileno y comparado* de Luis Claro Solar según la edición de la Editorial Jurídica de Chile, o la falta de mención a las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield al Código Civil argentino de 1869), que no afectan la visión de conjunto y se explican por la aproximación general que caracteriza al comparatista, el resultado del análisis es desolador: sólo en Argentina y Brasil se observa una cierta costumbre del comentario como género jurídico, siendo el manual (probablemente por la influencia del *précis* del derecho francés) el género que predomina en el continente. Por cierto, este ensayo es también una invitación a emprender una tarea pendiente: confeccionar un comentario histórico-crítico del Código Civil chileno (p. 112), cuya influencia fue considerable en el resto de las codificaciones hispanoamericanas (pp. 110-111). Con todo, se echa en falta la consideración del libro de Diego López Medina intitulado *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá, Temis, 2004), que analiza la conformación de la ciencia jurídica en el continente bajo ciertas claves identitarias (son asimismo de interés los trabajos que sirvieron de base para el proyecto en marcha de redacción del «Código Marco de Obligaciones para América Latina» que lleva adelante el Grupo de Armonización del Derecho en América Latina, GADAL, en especial aquellos debidos a Sandro Schipani y David Fabio Esborraz). Incluso hay una línea de desarrollo que convendría explorar en el futuro, como es el trasunto que el realismo mágico tiene cuando se trata de concebir una individualidad propia que presenta la doctrina jurídica hispanoamericana, si se puede hablar de ella como un conjunto más o menos homogéneo (en el sentido que JESTAZ, P./JAMIN, C., *La doctrine*, París, Dalloz, 2003, le asignan a la doctrina como cuerpo). Si bien varios de los motivos que explican la enmienda por sobre el comentario (pp. 124-130), incluido el trasplante irreflexivo, están conectados con las características del realismo mágico, todavía existe ahí una cantera que puede ser rica en consecuencias.

«La venta de cosa ajena en la sistemática del Código Civil» comienza por evidenciar la incomodidad que siente la doctrina chilena con una regla (el art. 1815 del Código Civil) que legitima esta clase de contrato (pp. 133-135). De hecho, el ensayo se inicia con la explicación del origen romano de esa regla y su recepción en las codificaciones europeas para justificar la tradición que hay detrás (pp. 135-146). Cómodo con la regla legal, al punto de estimar innecesaria cualquier reforma en ese sentido (pp. 150-156), el autor explica que el hilo conductor de este trabajo consiste en dilucidar «si la obligación

que se le impone al vendedor está en armonía con la protección que se le impone al comprador» (p. 147), vale decir, si el saneamiento de la evicción favorece una colaboración entre las partes destinada a que el comprador se convierta en dueño de la cosa recibida o no vea afectada su posición. Sin embargo, las consecuencias de la venta de cosa ajena requieren un análisis algo más profundo y diversificado en cuanto a sus supuestos, ya que la mirada no se puede centrar sólo en proteger al comprador a través de la combinación de las reglas sobre evicción y prescripción adquisitiva; igualmente digno de protección es el derecho del verdadero dueño.

Para comenzar, el elemento que caracteriza a este tipo de venta es el hecho de que al momento de perfeccionarse el contrato la cosa vendida no pertenecía al comprador (hay así un paralelismo con los casos de venta de cosa inexistente y cosa propia de que tratan los arts. 1814 y 1816). Además, dicha pertenencia debe de haber sido exclusiva, quedando fuera los casos en que hay comunidad (art. 1344). Es esa clase de negocio jurídico la que el artículo 1815 considera válida, con independencia de lo con posterioridad haya hecho el vendedor respecto de la propiedad de la cosa vendida. En otras palabras, no hay venta de cosa ajena si el vendedor vende una cosa propia que, antes de la entrega, vuelve a ofrecer a un tercero (art. 1817); tampoco se pierde ese carácter por la adquisición posterior de la cosa por parte del vendedor, sea que ella suceda antes de efectuarse la entrega (como viene previsto en el artículo 1108 respecto del legado de cosa ajena), sea que la adquisición ocurra con posterioridad a ella, cuando la cosa ya se encuentra en manos del vendedor (art. 1819). Más discutible es la exclusión de la nulidad cuando el vendedor ha aseverado (bajo la fórmula de «manifestaciones y garantías») que la cosa le pertenece, porque entonces sí parece existir un dolo positivo de su parte (art. 1458). Por cierto, la validez de la venta de cosa ajena no excluye que ese contrato sea inoponible al verdadero dueño, dado que el comprador sólo adquiere los derechos de tal desde la fecha de la venta cuando aquél ha ratificado el contrato (art. 1818).

Asumido estos presupuestos, surge la necesidad de efectuar algunas divisiones que consideren a las tres partes involucradas: el verdadero dueño, el vendedor y el comprador. Sólo de este modo se logra una efectiva «interacción entre derechos reales y personales» (p. 149), como desean los autores (este capítulo fue escrito originalmente por Jakob Fortunat Stagl y Javier Rodríguez Díez), y el enfoque no queda centrado en el contrato y su ejecución o incumplimiento, como es el enfoque original de la doctrina chilena.

La situación jurídica del verdadero dueño exige revisar cuáles son los derechos que el artículo 1815 deja a salvo cuando la cosa que le pertenece ha sido vendida por otro. Su entrega por parte del vendedor no conlleva una transferencia de dominio, porque ese efecto sólo es posible cuando el transferente es dueño (art. 682). El verdadero dueño goza de la acción reivindicatoria, que le permite reclamar la restitución de la cosa cuya posesión corresponde a otro (art. 889), hasta el límite temporal de la prescripción adquisitiva (art. 2517). Pero hay aquí un matiz importante que proviene del diseño que Andrés Bello dio a la reivindicación: esta acción se puede ejercer contra el actual poseedor de la cosa (art. 895), pero también contra el que enajenó la cosa (art. 898), siendo distintas las consecuencias en ese caso si la enajenación se hizo de buena o mala fe, y contra el poseedor que deliberadamente ha dejado de poseer (art. 900). Esto significa que, celebrada una venta de cosa ajena, el dueño se puede dirigir contra el vendedor mientras tiene la cosa en su poder o contra el comprador si la entrega ya se ha efectuado. Sólo en este

segundo caso se activa el régimen de saneamiento de la evicción que el libro analiza (pp. 146-150), sin perjuicio del derecho del comprador, frente a la turbación en la posesión de la cosa o la existencia contra ella de una acción real de que el vendedor no le haya noticia antes de perfeccionarse el contrato, para consignar el precio (art. 1872). Cuando el vendedor se ve imposibilitado de cumplir porque se ha ejercido en su contra la acción reivindicatoria y esto ha supuesto alguna medida precautoria para asegurar el resultado de la pretensión del verdadero dueño (arts. 901 y 902), la conclusión no es distinta a aquella que se produce cuando el vendedor, por la razón que sea, no entrega la cosa: el comprador puede exigir el cumplimiento forzoso o pedir la resolución, siempre con indemnización de perjuicios (art. 1826).

Con todo, el verdadero dueño puede también dirigir su «acción de dominio» contra el que enajenó la cosa, ya para que le restituya lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución, ya para que le indemnice de todo perjuicio, si la enajenó a sabiendas de que era ajena (art. 898). El supuesto de hecho de esta modalidad de acción de dominio puede ser leído de dos formas distintas, según la posición semántica que se le asigne a la imposibilidad o dificultad de persecución (sobre este y otros problemas de dicha regla se ha tratado en otro lugar: Alcalde Silva, J., «Las ‘acciones de dominio’ del artículo 898 del Código Civil», en Gómez de la Torre, M./Hernández Paulsen, G./Lathrop Gómez, F./Tapia Rodríguez, M. (eds.), *Estudios de Derecho civil XIV*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, pp. 267-300). El tenor literal de la regla parece sugerir que el objetivo es proteger al dueño y castigar la mala fe. Esto significa que se autoriza de manera expresa la pretensión del *commudum ex negotiatione* cuando la persecución material de la cosa sea imposible o difícil de concretar, que es una situación naturalmente excluida de la hipótesis de una acción que ejerce «el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela» (art. 889). Por cierto, la pretensión por el provecho obtenido con la enajenación cierra la posibilidad de demandar la restitución de la cosa ahí donde se encuentre, puesto que, si el reivindicador recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por ese mismo hecho la enajenación (art. 898 II). En cambio, si existía mala fe por parte del enajenador, éste queda obligado igualmente al resarcimiento de cualquier daño causado, sin que el dueño esté impedido de reclamar la cosa ahí donde encuentre. Bajo este esquema de protección dominical, sí parece existir un supuesto de adquisición *a non dominio* que deja a salvo la posición del comprador: cuando la persecución se ha vuelto imposible o difícil, pues entonces el dueño sólo se puede dirigir contra el vendedor para que le restituya lo obtenido con la venta o le indemnice los perjuicios sufridos.

Por su parte, el vendedor queda obligado a «la entrega o tradición» de la cosa vendida (art. 1824) y a «amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida» (art. 1837). Cada una de estas obligaciones tiene un régimen propio. La primera de ellas supone que el vendedor debe entregar al comprador la materialidad de la cosa vendida, para que éste pueda comenzar a poseer y así ganar el dominio de la cosa por prescripción (art. 683). Si no lo hace, el comprador podrá pedir el cumplimiento forzoso del contrato o su resolución, siempre con indemnización de perjuicios (art. 1826), incluso con posibilidad de consignar el precio como medida conservativa (art. 1872). La segunda obligación del vendedor atañe a la titularidad sobre la cosa y se cumple concurriendo a defender ésta en el juicio entablado contra el compra-

dor e indemnizándolo si la privación finalmente se consuma por sentencia judicial. Esto significa que el régimen de saneamiento no excluye los mecanismos de tutela generales ante el incumplimiento contractual: lo que sucede es que ellos tienen su campo de acción propio, que va más allá del supuesto en que el vendedor se ha obligado por una cláusula expresa a transferir el dominio (pp. 161-162).

«La transferencia de la propiedad en la compraventa de bienes muebles en el derecho europeo» es en parte una continuación o colofón del capítulo precedente, porque analiza cuál es el modelo que utiliza el Proyecto de un Marco Común de Referencia para el Derecho civil europeo (DCFR, por sus siglas en inglés) en la regulación de una materia que muestra las relaciones entre el derecho de obligaciones y el derecho de bienes, aunque ahora sin referencia al derecho chileno (salvo la que se hace en la p. 173 respecto de las particularidades del Código Civil de ese país, que podrían configurar por sus características una cuarta teoría sobre la transferencia de la propiedad mobiliaria). La pregunta que se quiere responder es si «existen en Europa reglas fundamentales comunes sobre la transferencia de la propiedad en la compraventa» (p. 168). Para responder esta pregunta, Stagl considera que hay dos caminos: «declarar generalmente aplicable una de las soluciones existentes, o bien crear una solución completamente nueva» (p. 167). Estima que los esfuerzos europeos de armonización se han inclinado por una solución que ya se encuentra en alguno de los modelos que ofrecen los derechos internos, de suerte que corresponde determinar cuál de ellos ha sido elegido. Con ese propósito, analiza el realismo escandinavo y los tres sistemas clásicos de transferencia de la propiedad mobiliaria: el principio del consensualismo, el sistema abstracto basado en un acuerdo real de transferencia y el modelo dual que distingue entre título y modo (pp. 168-173). Llega así a la conclusión de que hay que inclinarse por un criterio de justicia sistemática, que viene definido por los principios de unidad y orden, de donde se sigue que «el aspecto real constituye la clave del arco, y no los cimientos de una codificación del derecho de la compraventa», puesto que «[e]l derecho de bienes es el ejecutor de las decisiones tomadas en el contrato de compraventa» (p. 181).

Hecha esta aproximación, Stagl se ocupa de los dos textos de armonización elaborados en el seno de la Unión Europea: el citado DCFR y la Normativa común de compraventa (CESL, por sus siglas en inglés), que fue redactada a partir de los insumos provenientes del primero. Con todo, entre ambos hay una diferencia importante, pues el DCFR es un proyecto que abarca todos los contenidos de derecho patrimonial que son propios de un código civil (p. 189), sin rehuir un aspecto que Ernst Rabel consideraba «de gran relevancia desde el punto de vista teórico, pero de modesta importancia en la práctica» (p. 167), como son aquellos elementos del contrato de compraventa que pertenecen al derecho de bienes, donde las consideraciones de política legislativa priman sobre aquellas de justicia conmutativa. Por el contrario, y siguiendo el criterio que adoptó la CISG (art. 4), la CESL se ocupa sólo de los aspectos obligacionales relacionados con el contrato. Esta omisión es sólo aparente, porque no excluye que detrás de la regulación de este último texto no exista la necesidad de un acuerdo real de transferencia (pp. 206-209), que es, a juicio del autor, la regla correcta de transferencia de la propiedad en la compraventa mobiliaria (pp. 182-187), el cual se presume cuando existe entrega de la cosa vendida (pp. 190-193). Este sistema permite reforzar la funcionalidad de la negociación: «El contrato real da la posibilidad las partes, además, de pactar reglas diferenciadas para el negocio causal y para el

negocio real [...] y enriquece por tanto la libertad para determinar el contenido del contrato en el ejercicio de la autonomía privada» (p. 189). Por cierto, estas consideraciones no parecen ser extrapolables a los bienes raíces, por la forma de acceso que cada ordenamiento prevé para el Registro inmobiliario.

El libro concluye con el capítulo intitulado «Gravamen (pena) contractual en Alemania y Chile: dos modelos opuestos», escrito en coautoría con Marco Lebrín Verdejo. La comparación entre esos dos países se justifica por la importancia que cada uno de ellos tiene como paradigma: mientras el derecho alemán es una codificación germánica y protestante, el derecho chileno resulta ser un modelo de codificación románica y católica, donde convergen el influjo de las Siete Partidas y del *Code Civil* francés, con influencia en el resto de los países de la región (pp. 211-212). Ambos sistemas tienen un punto de origen común en el derecho romano y se bifurcan en el camino, especialmente por la recepción que prestan a las ideas del derecho canónico. Una constitución de Justiniano del año 513 (Cod. 47, 7, 1) que limita al duplo el daño resarcible, «permitió a los glosadores e intérpretes sucesivos formar un campo a favor de la libertad contractual y un campo a favor de la restricción de la pena» (p. 213). Enseguida se desarrolla la forma en que el derecho alemán (pp. 213-243) y el derecho chileno (pp. 243-252) regulan la cláusula penal, exponiendo tanto los textos legales pertinentes como la jurisprudencia más representativa. Para acabar, se compara los dos sistemas en sus rasgos más característicos y se destaca favorablemente el criterio del Código Civil chileno, que permite un control de la pena contractual tanto cuando ella es enorme (art. 1544) como cuando el incumplimiento ha sido solo parcial (art. 1539).

Sólo resta decir que destaca la soltura con que Jakob Fortunat Stagl se mueve entre dos mundos, el europeo y el hispanoamericano, demostrando una excelente formación y capacidad analítica. A esto cabe añadir que el libro reseñado es una obra de lectura fluida y que, no obstante estar compuesto de siete trabajos dedicados a diversos temas, resulta de mucho interés para cualquiera que quiera mirar el derecho con un poco de perspectiva, tratando de entender que éste constituye el resultado de la cultura. En la historia multiseccular de la ciencia jurídica siempre podremos encontrar soluciones a los problemas actuales, para lo cual resulta necesario ir a lo esencial y desprenderse de los accidentes. Ángel Carrasco dice algo similar, como reto para una particular (y quizá la más importante) parcela del derecho privado: «Con los mimbres que quedan de nuestros Códigos se puede construir un buen Derecho de contratos», porque «[e]l buen Derecho de contratos es el que construye un entramado a partir de pocas y fructíferas reglas, no el que interpreta compendiosas normas legisladas, casi siempre mal redactadas, casi siempre innecesarias» (CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 3.ª ed., 2021, p. 76), cuando no redundantes. Como recuerda el propio autor, «no puede esperarse que la perspicacia jurídica de nuestro tiempo pueda inventar algo nuevo» (p. 167). Por eso, conviene conocer la historia jurídica y este libro es una oportunidad para ello que hay que agradecer.

Jaime ALCALDE SILVA
Profesor asociado de Derecho privado
Pontificia Universidad Católica de Chile