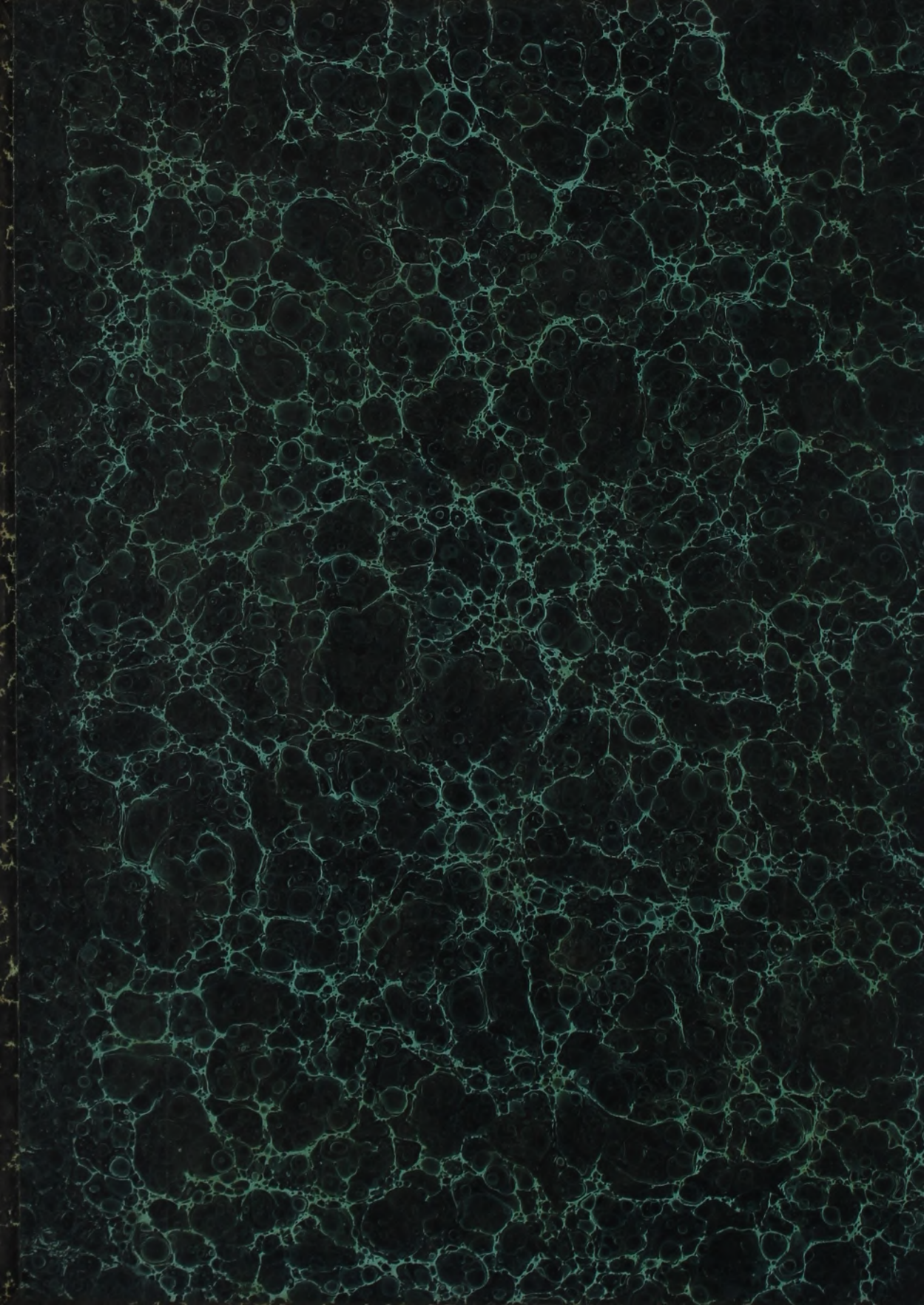
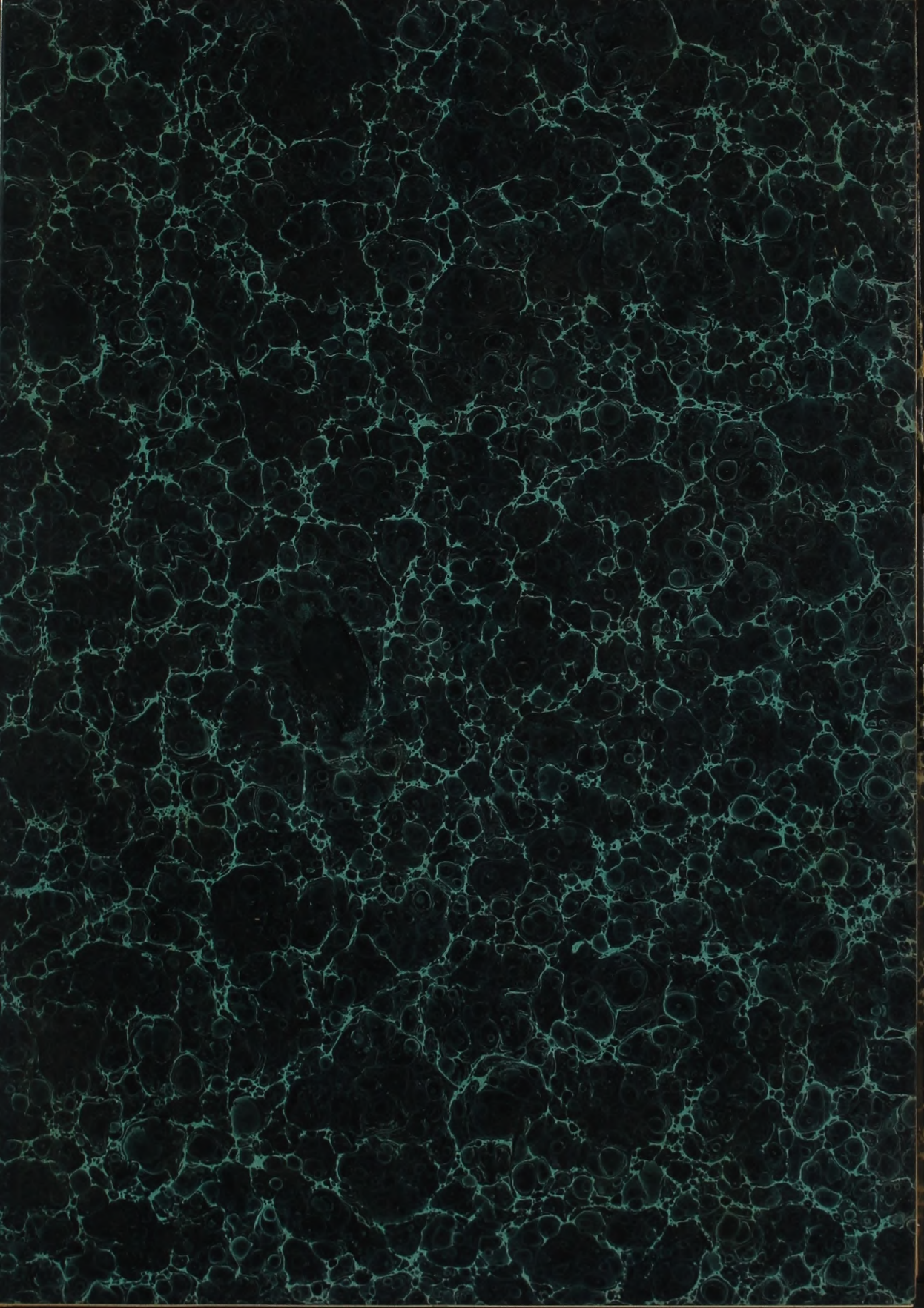








LA REVISTA

DE

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.	Dr. Díaz, Pedro.	Dr. Martínez, Martín C.	Dr. Rouband, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.	» Díaz, Teófilo Eugenio.	» Martínez Páez, A.	» Sa Vianna, M. A. de
» Aguirre y González, Juan.	» Díaz, Ramón.	» Márquez, Alberto A.	(Río de Janeiro)
» Alburquerque, Pedro F.	» Escalada, Federico.	» Melián Lafinur, Luis.	» Salgado José.
Sr. Alonso, Manuel R.	» Escudero Juan Antonio.	» Mendilaharsu, Domingo.	» Saráchaga, Julián F.
Dr. Aros Ferrand, Samuel.	» Fernández, Elbio.	» Moratorio, Angel J.	» Sierra Carranza, José.
» Arocena, Alejo.	» Figari, Pedro.	Sr. Márquez, Joaquín C.	» Sierra, Mauro.
» Artagaveytia, Adolfo.	» Freitas, José A. de	Dr. Mendivil, Javier.	» Terra, Arturo.
» Berro, Carlos A.	» García Acevedo, Carlos.	» Pérez Martínez, Ruperto.	» Terra, Gabriel.
» Berindague, Martín.	» García Acevedo, Ildefonso.	» Pacheco, Alfonso.	» Terra, Duvimioso
» Brito del Pino, Eduardo.	» García Lagos, Alberto.	» Pacheco, Alvaro.	» Tió, Dalmiro.
» Brignole, Atilio C.	» Geille, Enrique.	» Pena, Carlos M. de	» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Cardoso, Agustín.	» Giribaldi Heguy, Juan.	» Perdomo, Tomás J.	» Vargás, Eduardo.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.	» González, Domingo.	» Pereyra Núñez, Mariano.	» Varela, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.	» Guillot, Alvaro.	» Pernin, Alfredo J.	» Varzi (hijo), Pablo.
» Castro, Juan P.	» Graña, Julián.	» Piedra Cueva, Pablo.	» Velasco, Eladio A.
» Castillo, Scrapio del.	» Grané, Ovidio.	» Piaggio, José T.	» Vidal (hijo), Blas.
» Capella y Pons, Francisco.	» Herrera y Obes, Julio.	» Piñeyro del Campo, Luis.	» Vigil, Antonio E.
» Cremonesi, José.	» Herrera y Reissig, Manuel.	» Ramírez, José P.	» Vivas Cerantes, Damián.
» Constau, Juan (B. Aires).	» Leite, Solidonio (R. Janeiro).	» Ramasso, Ambrosio Luis.	» Willman, Claudio.
» Cubiló, Justo.	» Lenzi, Carlos E.	Sr. Ramos Montero, Dionisio.	» Wilson, Guillermo.
» De-Maria, Pablo.	» Lago, Juan M.	Dr. Ramos Suárez, Dionisio.	Sr. Ximénez, Isaías.
» Decoud, Adolfo.	» López Lomba, Ramón.	» Rodríguez, Antonio M.	

Dirección: CALLE ZABALA, num. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE SEPTIEMBRE DE 1968

NUMERO 1

AÑO XV

En un medio intelectual rehacido á toda labor intensa y perseverante, en que se vive de la impresión de las cosas que pasan y en que el pensamiento no gusta detenerse á profundizar ni siquiera en la filosofía de las pequeñas cosas, es consolador saber de esfuerzos tenaces, de labores á las veces obscuras pero siempre proficuas, que importan una envidiable resistencia contra esa pasividad que domina á todos los espíritus.

Es decir una buena nueva, es escribir palabras de esperanza, de fe en el esfuerzo victorioso, anunciar el XV aniversario de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN.

Hija del espíritu altamente culto de Ruperto Pérez Martínez, que aportó á la obra todas sus energías y toda su generosidad de convencido, en quince años de vida, en quince años de lucha contra la indiferencia de los más y contando apenas en sus comienzos con el concurso de un puñado de inteligencias nutridas y de voluntades decididas, ha sabido imponerse por el bagaje de doctrina y jurisprudencia que aporta á la dilucidación de las más diversas cuestiones de derecho.

Quince años de labor merecen el más franco, el más generoso de los éxitos. Pero aún se desconoce por la mayoría de quienes deben tener un grande interés por la prosperidad de esta publicación, el tesoro de ciencia jurídica que encierra.

Con el orgullo ingenuo de los jóvenes á quienes se revela el secreto consagrador de las vidas humildes vividas en la sombra, yo uno mi elogio á las ejecutorias con que los hombres de pensamiento del país han consagrado en los catorce años que pasan, la nobleza intelectual de esta REVISTA.

Dedicado durante varios meses, en compañía de los doctores J. P. Massera, D. García Acevedo y del bachiller Adolfo Berro García, á la tarea de confeccionar el índice general de LA REVISTA para los catorce volúmenes ya aparecidos, he podido concebir el valor científico de esta publicación.

Al través de sus páginas he asistido al desfile de las vidas que pasan, demasiado rápidamente por desgracia, por nuestro mundo intelectual, y al amanecer jubiloso de las nuevas y vigorosas inteligencias.

Justo es dedicar á los que ya sólo viven por el calor de vida que prestan á su recuerdo estas páginas en que queda la huella luminosa de sus inteligencias, el recuerdo de los que se detienen á meditar junto á las tumbas y buscan enseñanzas en las vidas que fueron.

Lentamente se han ido borrando de la nómina de colaboradores nombres que honraron estas páginas con el prestigio envidiable de sus reputaciones, y es obra de piedad y de justicia recordarlos ya que han contribuido á la formación del más alto exponente de nuestra cultura jurídica.

Por su esfuerzo, por la rara tenacidad de sus directores, por el prestigio intelectual de los maestros que hacen

todavía cátedra desde sus páginas, LA REVISTA DE DERECHO es hoy una de las más notables publicaciones jurídicas de América.

Para los nuevos, para los que surgen en la hora actual en el dominio de las ciencias jurídicas mordidos por el ansia de los esfuerzos generosos, para los que aportan á la labor común entusiasmos y audacias de juventud, LA REVISTA DE DERECHO es un maestro que no sabe de achaques. Las fojas más brillantes de la historia de nuestro foro quedan guardadas en estas páginas á la espera de los espíritus inquietos y curiosos que buscan la más legítima interpretación de la ley, el comentario decisivo, la nota perdida que resuelve con la lógica irrefutable de la verdad, el más intrincado de los problemas jurídicos. LA REVISTA es hija de maestros y es maestro de todos.

A sus Directores, los doctores José Pedro Massera y Daniel García Acevedo, inteligencias robustas y voluntades enérgicas y tenaces, el más sincero de los elogios y el mejor de los mejores deseos.

Septiembre 1.º de 1908.

JUSTINO E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

A los señores suscriptores

La publicación de los fallos de la Alta Corte de Justicia y el índice general de los catorce tomos de esta «Revista».

La Dirección de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, cumpliendo propósitos acariciados de largo tiempo atrás, llevará á cabo en breve término, y es objeto de satisfacción de su parte el comunicarlo desde luego á sus asiduos lectores, dos importantes mejoras que aumentarán sin duda alguna su indiscutible importancia como reflejo fiel que es del movimiento judicial del país y como archivo de doctrina y de jurisprudencia.

La publicación completa y ordenada de todos los fallos dictados por la Alta Corte de Justicia fué un anhelo de la Dirección, que trató de llevar á la práctica á poco tiempo de instalarse la más alta magistratura judicial del país.

Con ese fin se presentó ante ésta ofreciendo hacer esa publicación en condiciones ventajosísimas para ella, y su solicitud pende de la resolución de aquel alto Cuerpo, que no dudamos accederá al pedido formulado, realizando así un positivo beneficio para Jueces y curiales.

En el caso de resolverse favorablemente ese pedido, comunicamos á nuestros benévolo lectores que, aun imponiéndonos un verdadero sacrificio, formaremos con la publicación de las sentencias de la Alta Corte de Justicia un suplemento gratuito para los suscriptores de esta REVISTA. En él se agruparán dichos fallos, indicando respecto de cada uno de ellos la materia jurídica tratada y la jurisprudencia que surja, siguiendo así los modelos de la mejores publicaciones de esta índole.

De otra ventaja para los lectores de LA REVISTA se viene también ocupando de largo tiempo atrás la Dirección: la formación de un índice general de los catorce años que lleva de vida esta publicación.

Este índice que está ya concluido, agrupa todos los ar-

tículos, sentencias, acordadas, resoluciones, leyes, decretos, etc., publicados durante ese tiempo en LA REVISTA, con arreglo á un plan racional, sobre la base de la ordenación de las materias tal y como se encuentran agrupadas en nuestros Códigos.

Se concibe fácilmente la enorme ventaja que el nuevo índice reportará para la busca de las cuestiones que se desee hallar.

Con los actuales índices parciales se pierde un tanto el beneficio de la gran cantidad de material jurídico acumulado en catorce años, por la dificultad para encontrar en muchos casos los puntos de doctrina ó de jurisprudencia que se quieren consultar, y por el tiempo que se pierde siempre en recorrer los catorce índices parciales, por más que éstos han sido cuidadosamente revisados.

La publicación del índice general ha sido objeto de meditaciones por parte de la Dirección, pues ella demanda un sacrificio de no escasa consideración, dado que alcanzará á llenar un espacio igual al de tres ejemplares y medio de LA REVISTA, de material apilado, en el mismo tipo de letra que el de los índices parciales.

Siendo esta obra necesariamente tan extensa y costosa, la Dirección de LA REVISTA no puede darla gratuitamente á sus suscriptores, por más que hubiera deseado hacerlo; pero ha escogitado un medio de realizar tan grande servicio á los que de LA REVISTA se sirven, sin exponerse á graves perjuicios, tratando de salvar los gastos que demanda, y sin gran sacrificio para los suscriptores.

Esta obra, que no constará de menos de cincuenta y seis páginas del formato y tipo de los índices parciales, sería cedida á los actuales suscriptores al precio de \$ 1.50 el ejemplar.

Pero, antes de abordar este plan y á objeto de evitar los perjuicios á que se expondría, la Dirección de LA REVISTA desea conocer el número de los suscriptores que adquirirán el referido índice, en las condiciones expuestas, y en consecuencia les ruega que manifiesten su conformidad en la Administración, á la brevedad posible, para dar á la cajas cuanto antes los originales de la obra que ofrecemos á nuestros lectores.

También debemos hacer saber que si no se obtiene una aceptación de doscientos suscriptores, la publicación del índice general se hará imposible.

La situación financiera de LA REVISTA, poco holgada, no nos permite resolver estos problemas en otra forma.

LA DIRECCIÓN.

Términos probatorios en juicios menores de 200 pesos

LECCIÓN DADA EN EL AULA DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR EL CA-
TEDRÁTICO, DOCTOR PABLO DE MARÍA.

I

¿PROCEDE EL TÉRMINO EXTRAORDINARIO DE PRUEBA EN LOS JUICIOS MENORES DE DOSCIENTOS PESOS DE QUE CONOCEN LOS JUECES DE PAZ?

El procedimiento de los referidos juicios, tal como detalladamente lo estatuye el Código de Procedimiento Civil, es especial. No se observan en él las solemnidades y

trámites generales que las leyes prescriben». Luego, no puede dudarse de que esos juicios no son ordinarios, siendo así que el artículo 4.º del citado código define los juicios ordinarios diciendo que son aquellos en los cuales «se observan las solemnidades y trámites generales que las leyes prescriben». (1) Juicios extraordinarios son, según el mismo artículo, aquellos «que no están sujetos á todas esas solemnidades»;—y desde que los juicios verbales de la competencia de los Jueces de Paz, no están sujetos á muchas de ellas, claro es que son extraordinarios. Siendo extraordinarios, es claro también que son *sumarios*, no siendo ejecutivos. Los juicios extraordinarios se dividen en *sumarios* y *ejecutivos* (Código de Procedimiento Civil, artículo 4.º, inciso 2.º), y por consiguiente, todo juicio extraordinario que no es ejecutivo, es necesariamente *sumario*. (2)

No es ciertamente una novedad el hecho de que los juicios verbales de la competencia de los Jueces de Paz, sean *sumarios*. Lo han sido siempre en nuestro país, tanto con arreglo á las antiguas leyes españolas, como con arreglo á la legislación patria. Y ¿por qué han sido siempre y son *sumarios*? Por la poquísima importancia del interés pecuniario que en ellos se controvierte. «Se entiende por *sumario*», dice Mourlon, («Procédure», número 617) «ciertos asuntos que, por la simplicidad de las cuestiones de hecho ó de derecho que envuelven, ó por lo reducido del interés comprometido en ellos, ó, en fin, por la necesidad de rapidez que se hace sentir en los mismos, exigen un procedimiento más simple, más breve y menos dispendioso que el de los asuntos ordinarios. Así, la simplicidad de las cuestiones que envuelve el asunto, la modestia del interés que constituye la materia del litigio, y la celeridad que exige, son las consideraciones, de diversa naturaleza, que pueden hacer que una causa sea *sumaria*. No es necesario, por lo demás, que los tres caracteres estén reunidos en el asunto; basta que cualquiera de ellos exista en él. Economía de gastos, ó economía de tiempo: tal es el fin que la ley se propone».

Ahora bien: si en un juicio *sumario*, como lo son los verbales de que conocen los Jueces de Paz, se pide el término ordinario de sesenta días para hacer examinar á un testigo que reside á más de sesenta leguas de distancia, ¿se podrá conceder? Indudablemente no, desde que el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que lo fija, no se refiere sino á los juicios ordinarios. Dice así: «En los juicios ordinarios, cuando la prueba ha de producirse dentro del departamento, el término mayor será de treinta días», etc.

Y si no se puede conceder el término ordinario de sesenta días, ¿cómo ha de poderse conceder el término extraordinario? ¿Cómo es posible que se pueda lo más cuando no se puede lo menos?

En el artículo 336, el Código no se refiere sino al juicio ordinario, y en el artículo inmediato siguiente (337) sigue

refiriéndose á lo mismo y á nada más,—no á otra clase de juicios, ni á los juicios en general. El citado artículo 337 no emplea, es cierto, las palabras «en los juicios ordinarios», que consigna el artículo 336, pero no las emplea porque no tenía necesidad de emplearlas y no debía ser redundante. Por dos razones, una de lógica jurídica y otra de método, se sobrentiende y no puede dejar de sobrentenderse que el artículo 337 se refiere, como el 336, nada más que á los juicios ordinarios. La primera de esas razones es la de que, si el término ordinario que establece el artículo 336 no es compatible, según resulta del mismo artículo, con la brevedad y la economía que caracterizan los juicios no ordinarios, *á fortiori* el término extraordinario de que trata el artículo 337,—término que es más largo y causa mayores erogaciones que el ordinario,—no es compatible con aquéllas. La segunda razón es la de que no puede suponerse que cuando el Código está hablando de los juicios ordinarios exclusivamente en el artículo 336, salte de repente á hablar de los juicios en general, en el artículo 337.

En fin, el artículo 338 hace ver que el término extraordinario de prueba no tiene lugar sino en los juicios ordinarios (que son siempre *escritos*) puesto que dice: «Del escrito en que se pretende el término extraordinario, se dará traslado á la otra parte por tres días *improrrogables*, transcurridos los cuales se resolverá el artículo».

Si el Código hubiese querido introducir en nuestros procedimientos judiciales la novedad de hacer compatible con la brevedad de los juicios verbales el término extraordinario de prueba, no se habría limitado, como se limita en los artículos 337 y 338, á establecer las formas y condiciones que deben observarse para pedir y otorgar dicho término en los juicios *escritos*;—habría dicho algo sobre el modo de pedirlo y otorgarlo en los juicios verbales. La apelación, por ejemplo, no es un recurso peculiar de los juicios *escritos* exclusivamente; cabe también, por regla general, en los verbales, y por eso el Código, en su artículo 657, dice: «la apelación se interpondrá de palabra en los juicios verbales, y por escrito en los juicios seguidos en esta forma, ante el Juez que haya dictado la sentencia».

El término extraordinario de prueba es una formalidad característica del juicio ordinario; no cabe en juicio extraordinario alguno. Esta afirmación es y ha sido siempre un axioma de nuestro derecho procesal.

Pásense en revista, uno por uno, todos los juicios extraordinarios de que trata el Código de Procedimiento Civil, y se verá, sin ningún género de duda, que en ninguno de ellos tiene cabida el término extraordinario de prueba.

A nadie se le ha ocurrido ni podido ocurrírsele jamás que en el juicio ejecutivo de mayor cuantía puede haber término extraordinario de prueba. Excluye la posibilidad de tal término el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil que dice: «Si el ejecutado no opusiere la incompetencia del Juez, ó si opuesta hubiese sido resuelta negativamente, se señalará para la prueba de las demás excepciones el término de veinte días, cuyo término en ningún caso será prorrogable, y sólo podrá suspenderse en caso fortuito ó de fuerza mayor justificada».

El juicio *sumario* es, por regla general, más breve que el ejecutivo (Código de Procedimiento Civil, artículo 5.º), y por consiguiente, si en este último no cabe el término extraordinario de prueba, menos puede caber en el juicio *sumario*.

Los juicios posesorios, aún cuando sean de mayor cuantía, son *sumarios* (Código Civil, artículo 639; Código de Procedimiento Civil, artículo 1254) y en ellos el tér-

(1) Creo que puede admitirse, como excepción, que los juicios mayores de 200 pesos y no mayores de 1,000, de que tratan los artículos 625, 634, 635 y otros del Código de Procedimiento Civil, son ordinarios, á pesar de no estar sujetos á todos los trámites generales que la ley prescribe. Me fundo para ello en que, en esos juicios, el término probatorio es el ordinario (artículo 633, parte final), en que lo que les falta en primera instancia son únicamente los escritos de réplica y réplica, que no son esenciales, como lo revela el artículo 657, párrafo 2.º, y en que el Código legisla sobre esos mismos juicios en el capítulo «De los juicios ordinarios escritos», artículo 589.

(2) El capítulo 2.º, título 1.º, parte 2.º de nuestro Código de Procedimiento Civil se titula «De los juicios ordinarios escritos». Esto no quiere decir que hay juicios ordinarios no escritos, sino que hay juicios escritos no ordinarios.

mino probatorio es de diez días, que pueden ser aumentados por razones especiales, según lo expresa el artículo 1178. Este hecho,—el hecho de que los diez días pueden ser aumentados por razones especiales—¿significa acaso que en los juicios posesorios puede pedirse el término extraordinario de prueba? No, puesto que, como ya lo he hecho notar, el juicio sumario es, por regla general, más breve que el ejecutivo, según el artículo 5.º del Código de Procedimiento Civil; y no puede admitirse, sin caer en un contrasentido, que un término que, como el extraordinario, es incompatible, por su extensión, con la brevedad del juicio ejecutivo, sea compatible con el procedimiento del juicio sumario, que es por regla general más breve que el del ejecutivo.

Si en el incidente de tachas un litigante dice que su prueba está en el extranjero, ¿podrá pedir la mitad del término extraordinario para producirla? No, porque el artículo 409 del Código de Procedimiento Civil establece que el término probatorio de tachas no puede exceder de la mitad del ordinario que se hubiere señalado en lo principal. Esta es la regla respecto de los incidentes en general: el término de prueba en ellos no puede exceder de la mitad del ordinario (artículo 753); lo que significa que no hay término extraordinario en incidente alguno.

A veces, esto podrá entrañar una injusticia, poniendo al litigante en la imposibilidad de probar su derecho; pero, la ley ha tenido que optar entre dos males, y ha optado por el menor. Entre el mal de que se alargasen enormemente los pleitos, como se alargarían si en cada incidente se pudiese pedir el término extraordinario de prueba, y el mal de que en algún caso, muy raro por cierto, no disponga el litigante de más prueba que la existente fuera de la República y se quede sin producirla, ha debido optarse y se ha optado por este último.

Una opción análoga á ésta ha hecho el legislador al reglamentar el procedimiento de los pequeños juicios de que en método verbal conocen los Jueces de Paz.

Los gastos del pleito deben estar en relación con la importancia pecuniaria de él. Este es el criterio adoptado por nuestro Código. (1) Cuanto menos importante es pecuniariamente un pleito, más breve y más económica es su ritualidad. Por eso, en los juicios de más de doscientos pesos, pero de menos de mil, no hay escritos de réplica y dúplica (Código de Procedimiento Civil, artículo 589), se otorga la apelación sin sustanciarla (artículo 662), y no hay recurso extraordinario de nulidad notoria (artículo 678). Por eso también, en los juicios no mayores de doscientos pesos, seguidos ante los Juzgados Letrados de Comercio, el término probatorio se abre por vía de justificación y no excede de diez días (artículo 633),—y en los juicios de ínfima importancia pecuniaria, ó sea en los de la competencia de los Tenientes Alcaldes, se sigue el procedimiento más simple y breve de todos, se sigue un procedimiento arbitral *sui generis*, en el cual el término probatorio, es decir, el que media entre la primera audiencia y la segunda, se compone de un día, y el fallo se ejecuta sin apelación (artículos 606 y 607). (2)

(1) Dos notables tratadistas (Bellot, en su «Exposé des motifs de la Loi sur la Procédure du Canton de Genève», y Bordeaux, en su «Philosophie de la Procédure Civile»), lo han combatido, pero sin impedir que prevalezca en el derecho positivo de la casi totalidad de las naciones.

(2) El artículo 633 establece con toda claridad el criterio á que aludo, diciendo: «Los Jueces Letrados, sea que conozcan en primera, segunda ó tercera instancia, procederán siempre en método escrito; pero, el procedimiento es: «*riará según la importancia del asunto, en la forma que establecen los artículos siguientes*».

No es ciertamente porque considere infalibles á los tenientes Alcaldes, que la ley niega la apelación en los asuntos de que ellos conocen; es por razón de la ínfima importancia pecuniaria de estos asuntos. La ley—lo repito—sigue la regla de que cuanto menor es el valor litigioso, más simple y breve es el procedimiento. Hablando de los asuntos que, por su poca importancia pecuniaria, no admiten más que el primer grado de jurisdicción, según la legislación francesa, dice Garsonnet: «La ley no se ha fundado, al establecer esto, en la falsa é injusta idea de que un pleito cuyo interés pecuniario es módico, merezca menos atención y sea menos digno de las mismas garantías de buena justicia que otro cualquiera; se ha fundado en una consideración puramente práctica. Es preciso que el objeto del litigio no sea absorbido por los gastos de un largo procedimiento; conviene, hasta en el interés del mismo litigante excitado por la lucha, detenerlo en la entrada de una nueva instancia, en la que el interés del litigio correría el riesgo de desaparecer consumido por los gastos judiciales. Es por esta misma razón que la ley no ha establecido en general más que dos grados de jurisdicción. ¿Dónde detenerse en esta vía, y cómo vencer la resistencia de la parte que se obstinase en querer ganar un pleito varias veces fallado y perdido? Por lo demás, el ejemplo de nuestra antigua jurisprudencia, en la que se admitían cinco ó seis grados de jurisdicción, era muy á propósito para alejar de nuestro derecho nuevo la idea de multiplicar las instancias. ¿Cómo olvidar este pasaje célebre de Loyseau: «es notorio que esta multiplicación de los grados de jurisdicción hace inmortales los pleitos, y á decir verdad, este gran número de justicias quita al pueblo el medio de obtener justicia, puesto que, cuando es el pobre paisano que, litigando sobre sus ovejas y sus vacas, no prefiere abandonarlas en manos del que las retiene injustamente, antes que verse obligado á pasar por cinco ó seis justicias para obtener definitivamente sentencia? y si se resuelve litigar hasta el fin, ¿habrá oveja ó vaca que pueda vivir tanto, siendo así que hasta su mismo dueño morirá antes de que su pleito sea juzgado en última instancia?» (»*Traité de Procédure*», tomo 1.º, páginas 72 á 74).

Es lógico y natural que los juicios que no exceden de doscientos pesos, de que conocen los Jueces de Paz, sean breves, y así lo son según el Código de Procedimiento Civil, pues se componen simplemente de dos audiencias, la primera destinada á la demanda y la contestación, y la segunda destinada á la producción de las pruebas. El término extraordinario es la mayor dilación que se conoce en materia de plazos probatorios, y no se concebiría que en un juicio que por su escasa entidad pecuniaria exige economía de tiempo y de gastos, fuese admisible esa mayor dilación. El término extraordinario se da para producir prueba fuera de la República, y para producir prueba fuera de la República hay que hacer gastos de exhortos y de legalizaciones, y muchas veces de traducciones y de representación de las partes ante el Juez extranjero exhortado. Esos gastos no estarían generalmente en relación con el pequeñísimo interés pecuniario del pleito. El término extraordinario está, pues, en absoluta y evidente oposición con la índole y la razón de ser de los juicios verbales de que conocen los Jueces de Paz, y el autorizarlo en tales juicios sería una anomalía tan grande, que solamente podría ser admitida si hubiese un precepto legal que categóricamente lo estableciera.

¿Cabe el término extraordinario de prueba en los asuntos no mayores de doscientos pesos de que conocen los

Jueces de Comercio? Es indudable que no, puesto que el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil dispone que en esos juicios el término probatorio será de diez días, *por vía de justificación*. Y siendo como son también no mayores de doscientos pesos los juicios verbales de que conocen los Jueces de Paz, ¿cómo ha de admitirse en ellos el término extraordinario de prueba, siendo así que el criterio que principalmente sigue la ley para determinar la mayor ó menor latitud del procedimiento, es el de la importancia pecuniaria del litigio?

Los antecedentes históricos de nuestro derecho procesal, así como los datos, siempre útiles, de la legislación comparada, confirman lo que, con arreglo á nuestra actual legislación, dejo dicho.

El derecho romano establecía el procedimiento verbal para las *causas viles*, ó sea aquellas cuyo importe no excedía de dos aureos (Parra Ybañez, página 176).

La ley 19, título 9, libro 3, Recopilación Castellana, decía: «mandamos que en los pleitos civiles y sobre deudas que fueren de cantidad de 400 maravedís abajo, « porque en las tales haya toda la brevedad, no haya orden ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni formalidad alguna; salvo que sabida la verdad *sumariamente*, « la justicia proceda en pagar lo que se debiere», etc.

Estevés Sagui, ocupándose del término de prueba *ultramarina* (que era el que nuestro Código llama ahora extraordinario) daba á entender claramente que no procedía sino en los juicios ordinarios, pues decía: «Siempre « que esto tenga lugar, *siendo la causa puramente ordinaria*, lo primero que debe cuidarse es solicitar el término extraordinario ó *ultramarina* correspondiente á la « distancia», etcétera.

Nuestras leyes y disposiciones patrias jamás han autorizado, ni remotamente siquiera, el término probatorio extraordinario en los juicios verbales de la competencia de los Jueces de Paz. El Reglamento de 26 de enero de 1827, aprobado por ley de 23 de abril del mismo año, y el formulario del 31 de enero de 1849, hecho por el Superior Tribunal de Justicia, en uso de la atribución que le acordó el artículo 86 del Reglamento de 12 de agosto de 1829 (atribución que volvieron á acordarle el artículo 77 de la ley de 15 de mayo de 1856 y el artículo 610 del Código de Procedimiento Civil) establecieron un procedimiento que evidentemente excluía toda idea de que en aquellos juicios pudiese haber término extraordinario. El artículo 10 del citado formulario de 1849 dice: «Si en la « primera audiencia las partes ofrecen prueba, se les cita « para que comparezcan en la *inmediata* con las pruebas « ofrecidas». Estas palabras, «en la inmediata», indican claramente que entre la segunda audiencia y la primera debe mediar un breve intervalo de tiempo, lo que significa que mal pueden mediar ochenta días, ó ciento veinte, ó ciento ochenta, como mediarían si procediese el término extraordinario.

Refiriéndose á la legislación francesa, dice Garsonnet, (tomo 3.º, página 404): «el procedimiento sumario es ya « simple y expeditivo de por sí, pero el de los Jueces de « Paz lo es más todavía. La comparecencia de las partes, « sus explicaciones, una deliberación si la gravedad del « asunto lo exige: no se necesita más, no habiendo incidentes, para conducir el juicio hasta su fallo. Nada de « procurador que se interponga entre el Juez y las partes, « nada de abogados, de defensas, ni de conclusiones notificadas». Debe notarse que en Francia los Jueces de Paz tienen actualmente una competencia mayor que entre nosotros. Conocen de demandas civiles que no excedan de 1,500 francos, además de conocer de varias cla-

ses especiales de asuntos contenciosos sin limitación de cantidad.

En Italia, los pretores conocen de asuntos hasta de 1,500 liras, y los conciliadores, de asuntos hasta de 100 liras. Respecto del procedimiento de los primeros, dice Gargiulo («Corso elementare», números 621 y 622): «el « procedimiento es normalmente sumario;... el pretor es « el moderador de los términos de su procedimiento». Respecto de los conciliadores, agrega el mismo tratadista (obra citada, número 626): «el procedimiento ante los « conciliadores prescinde del rigor de las formas y de los « términos, llevando consigo un carácter propio de sim- « plicidad y familiaridad».

El Código Chileno reglamenta en sus artículos 359 y siguientes el procedimiento de los juicios de menor cuantía (que son los que no exceden de trescientos pesos), y basta leer esos artículos para comprender que no cabe en tales juicios el término extraordinario de prueba, ni nada que se le asemeje. Se recibe á prueba el juicio *si el Juez lo estima necesario*; si no, se sentencia desde luego; si se abre á prueba, es solamente por razón de la testimonial; se designa una audiencia *próxima* para recibirla; y si no basta una audiencia, continúa el examen de los medios probatorios en los días hábiles *inmediatos*, hasta concluir.

En España, se admite el término extraordinario de prueba en los juicios *ordinarios* de menor cuantía (que son los que exceden de doscientas cincuenta pesetas y no exceden de tres mil), pero se admite porque hay disposición legal expresa que así lo dispone. (Ley de Enjuiciamiento vigente, artículo 698). Debe notarse que los referidos juicios no son verbales.

Los juicios verbales, en España, versan sobre cantidad que no exceda de doscientas cincuenta pesetas y se siguen ante los Jueces de Paz (llamados actualmente Jueces Municipales). Refiriéndose á esos juicios, dice Manresa y Navarro (tomo 3.º, página 519): «Indicaremos, por último, « que la ley no concede para estos juicios el término ex- « traordinario de prueba, cuya dilación rechazan la poca « importancia del asunto y la índole del procedimiento».

Estas palabras de Manresa y Navarro son perfectamente aplicables á los juicios verbales de que en nuestro país conocen los Jueces de Paz.

En la segunda instancia de dichos juicios ¿podrá otorgarse el término extraordinario de prueba? No, dado lo dispuesto por el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil, que dice: «Cuando los Jueces Letrados co- « nozcan en segunda ó tercera instancia en las causas á « que se refiere la primera parte del artículo 633 y pro- « ceda en ellas la apertura de un término probatorio, se « estará á lo que se dispone en dicho artículo y en el 634».

El citado artículo 637 se refiere precisamente á los juicios que no exceden de doscientos pesos, de que conocen en primera instancia los Jueces de Paz, y en segunda los Jueces Letrados. No puede referirse á los juicios no mayores de doscientos pesos de que conocen en primera instancia los Jueces de Comercio, porque en ellos la apelación se otorga para ante el Tribunal de Apelaciones y solamente en relación (artículos 101 y 639). Es sabido que en las apelaciones en relación no puede haber término probatorio (artículo 729).

Siendo como es, (según resulta de lo que dejo dicho) de diez días, *por vía de justificación*, el término probatorio en la segunda instancia de los juicios no mayores de doscientos pesos de que conocen en 1.ª instancia los Jueces de Paz, es claro que no procede prórroga alguna,

ni mucho menos término extraordinario. «Por vía de justificación quiere decir, de una manera más breve y sencilla que la ordinaria, y se ha adoptado cuando los asuntos, por su corta entidad, necesitan menos dilaciones y requisitos». (Rodríguez, «Práctica Forense», tomo 1.º, número 826).

II

¿CUAL ES EL TÉRMINO ORDINARIO DE PRUEBA EN LOS JUICIOS DE QUE SE TRATA?—O MÁS BIEN DICHO. ¿CUAL ES EL TÉRMINO MÁXIMO QUE, POR REGLA GENERAL, PUEDE MEDIAR ENTRE LA PRIMERA AUDIENCIA Y LA SEGUNDA?

El punto se presta á dudas, porque no hay disposición legal que directamente lo resuelva. El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil es evidentemente inaplicable, porque se refiere á los juicios ordinarios. Me parece que lo más lógico es aplicar por analogía el artículo 633 del citado Código, de acuerdo con la regla del artículo 16 del Civil. La analogía existe, desde que, tanto los juicios de la competencia de los Jueces de Comercio, de que trata dicho artículo 663, como los juicios verbales de que conocen los Jueces de Paz, no son mayores de doscientos pesos. Es natural que siendo en los dos casos una misma la importancia pecuniaria, sea también uno mismo el término probatorio, puesto que el criterio de la ley, para determinar la mayor ó menor amplitud del procedimiento, es principalmente, como ya lo he hecho notar, el de atender á aquella importancia. Es cierto que en un caso el juez llamado á fallar es letrado, y que, en el otro, no lo es, ó puede no serlo, pero no me parece que de esta circunstancia deba seguirse la consecuencia de que, cuando es un Juez de Paz el que conoce del asunto no mayor de doscientos pesos, haya de ser mayor el término probatorio que cuando es un Juez Letrado de Comercio el que conoce de un asunto de igual entidad pecuniaria. Razonablemente, la mayor jerarquía ó ilustración del Juez puede hacer que se abrevien los trámites en cuanto á la dilucidación de la cuestión de derecho, pero no puede hacer que se abrevien en cuanto á la prueba de los hechos, porque la prueba es tan necesaria para demostrar la verdad ante un Juez letrado como para demostrarla ante un lego. Hay un caso en el cual, por razón de la mayor jerarquía, se suprime la producción de prueba (1), pero no siendo arreglada la disposición legal que eso hace á los principios de la razón natural, debe ser considerada como de *derecho singular* (Pescatore, «La Lógica del Derecho», páginas 39 y siguientes), lo que significa que no puede admitir aplicación extensiva, ni constituir una regla general.

Se dirá acaso que resulta anómalo el hecho de que, siendo de veinte días el término probatorio en juicio ejecutivo verbal (artículo 954), sea solamente de diez en juicio verbal no ejecutivo, pero debe tenerse en cuenta que esa anomalía existe lo mismo en los asuntos no mayores de 200 pesos de que conocen los Jueces de Comercio. Si, por ejemplo, se trata del cobro ejecutivo de un vale á la orden, de 100 pesos, en el departamento de la Capital, el término probatorio será de veinte días (artículo 891), y si se

trata del cobro de un crédito mercantil no ejecutivo de 100 pesos, en el mismo departamento, el término será de diez días, por vía de justificación (artículo 633).

Por lo demás, debe observarse que los juicios no ejecutivos que no exceden de 200 pesos son sumarios, y que, por regla general, los juicios sumarios son más breves que los ejecutivos.

En fin, siendo de diez días, por vía de justificación, el término probatorio en la segunda instancia de los juicios verbales de que conocen los Jueces de Paz, según resulta claramente del artículo 637, nada de extraño es que ese mismo término probatorio sea el procedente en la primera instancia de esos mismos juicios.

Los diez días que, según la opinión que dejo manifestada, constituyen el término que puede mediar entre la primera audiencia y la segunda de los juicios no mayores de doscientos pesos seguidos ante los Jueces de Paz, no son *prorrogables*, pero esto no quiere decir que no sean susceptibles de *suspensión*. Los términos se dan para que se use de ellos, y si un litigante se ve impedido de producir su prueba durante los mismos por causas ajenas á su voluntad, claro es que puede pedir que se declaren suspendidos. (2) Este principio, consagrado por el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, es de derecho común, y la buena lógica jurídica exige que tenga aplicación en los juicios verbales de la competencia de los Jueces de Paz, como la tiene, por ejemplo, en los juicios ejecutivos, según el artículo 891 del citado Código. Refiriéndose á los juicios de menor cuantía, dicen Manresa, Miquel y Reus en sus comentarios á la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855 (tomo 4.º, página 859): «También, por identidad de casos, por no prohibirlo la ley, y por exigirlo la equidad y hasta la justicia, creemos que podrá suspenderse dicho término, con arreglo al artículo 271, siempre que concurra la *justa causa* expresada en el artículo 272.»

Asociación Jurídica (2)

SESIÓN DEL 17 DE AGOSTO DE 1908

Preside el doctor De-María

(Continuación)

SR. PRESIDENTE.—Tiene la palabra el doctor Payssé.

Bastan dos votos conformes en el Tribunal de Apelaciones para dictar resolución en el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral.

DR. PAYSSÉ.—En un juicio arbitral, la parte vencida, contraria á la que yo patrocinaba, interpuso el recurso de

(1) Me refiero al artículo 639 del Código de Procedimiento Civil, que dice que «cuando de las sentencias de los Jueces Letrados proceda el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior, en causas que no excedan de mil pesos, se otorgará sólo en relación, con remisión de los autos». Otorgar la apelación solamente en relación, es negar en la nueva instancia la apertura de término probatorio (artículo 729).

(1) En los juicios verbales, la suspensión consistirá en la postergación de la audiencia de prueba por los días durante los cuales exista el impedimento.

(2) Véase el número anterior.

nulidad contra el laudo dictado, fundándose en que éste se había pronunciado sobre puntos no comprometidos.

Rechazado en primera instancia el recurso de nulidad con costas y costos, subió en apelación al Tribunal de Apelaciones de 1.^{er} turno y, substanciado el procedimiento, el Tribunal ordenó que se integrara por haber discordia.

Esa resolución fué la que motivó la presentación del escrito de que voy á dar lectura, sosteniendo que no debía integrarse el Tribunal.

En ese escrito se dictó resolución, también en discordia: por mayoría de votos se mantuvo el auto que había ordenado la integración del Tribunal.

La cuestión está tratada en el escrito que voy á leer, con poca extensión y exclusivamente con relación á los preceptos de nuestra legislación. Mi parte tenía gran interés en que el juicio terminara sin pérdida de tiempo, y por eso sólo interpuso el recurso de reposición, y la brevedad del término dentro del cual tuvo que hacerlo obstó á que se extendiera mayormente en el examen del punto controvertido.

Lo que voy á exponer no es, pues, un estudio profundizado de ese punto, sino un examen forzosamente rápido y breve de las disposiciones de nuestras leyes que rigen la cuestión, y si lo he sometido á la apreciación de esta asamblea es sobre todo para provocar la discusión y obtener opiniones sobre esa cuestión que me ha parecido tener interés tanto desde el punto de vista teórico como prácticamente.

El escrito antes aludido dice así:

«Que he sido notificado del auto de V. E. que manda integrar el Tribunal para dictar resolución en el incidente pendiente, y vengo á interponer contra ese auto el recurso de reposición por considerarlo contrario á derecho y porque causa á mi parte serios agravios al postergar todavía más la resolución de este incidente.

V. S. manda integrar el Tribunal para dictar resolución, sin advertir que se trata en este caso de resolver un incidente sobre nulidad del laudo arbitral; que la sentencia que ha de recaer es, por tanto, interlocutoria, y que, por consiguiente, bastan dos votos conformes para fallar.

Que en este caso se trata pura y simplemente de resolver un incidente, es algo, Excmo. señor, que á mi juicio, dentro de los preceptos de nuestra legislación, no puede dar lugar á dudas.

V. E. debe resolver en segunda instancia el recurso de nulidad interpuesto por el señor B. contra el laudo arbitral.

Ahora bien: ¿al interponer el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, se promueve un incidente ó se inicia un nuevo juicio?

Los artículos 570 y 571 del Código de Procedimiento Civil resuelven, á mi juicio, la cuestión en el primer sentido desde que no hablan de deducir una acción, como ciertas legislaciones extranjeras, sino de interponer un recurso, dentro de un término perentorio, contra el laudo arbitral, y ante el Juez que hubiera conocido del asunto á no mediar el compromiso.

Quien deduce el recurso de nulidad contra el laudo arbitral promueve, pues, un incidente. Luego con arreglo á lo dispuesto en los artículos 460 y 468 del Código de Procedimiento Civil, ese incidente se resuelve mediante una sentencia interlocutoria para la que bastan dos votos conformes.

Eso es lo que está establecido expresamente en la ley y lo que ha quedado consagrado en estos propios autos.

El procedimiento que fija el artículo 571 del Código de Procedimiento Civil para la sustanciación del recurso de nulidad, no deja lugar á duda alguna al respecto.

El recurso de nulidad, dice esa disposición, «se resolverá sin alegatos ni pruebas de ningún género, con la sola vista de los autos. Del fallo del Juez habrá apelación al superior inmediato, que procederá en la misma forma.»

Es, pues, un procedimiento breve semejante al establecido en segunda instancia para los incidentes que se resuelven por sentencias interlocutorias, las que pueden dictarse por mayoría de votos.

Y ese procedimiento de los incidentes resueltos por interlocutorias, se ha observado estrictamente ante V. E. y ante el inferior en la sustanciación de este recurso de nulidad.

El juicio se inició ante el Inferior y durante su tramitación convinieron las partes en someterlo á la resolución de los árbitros; dictado el laudo, y ya cumplido por orden del Inferior, se interpuso el recurso de nulidad ante el propio señor juez a quo.

El Inferior, á f. 1040, otorgó en relación la apelación ante V. E.; y V. E. á f. 1041, llegados los autos á su poder, mandó: «Pásense los autos por su orden.....» Es, una vez más, el procedimiento de los incidentes, que se resuelven por una interlocutoria dictada válidamente con dos votos conformes. No hubo, pues, ni un solo momento duda sobre ese punto en estos autos. Y no podía haberla, dada la sencillez del punto y la claridad de las disposiciones antes citadas, especialmente la del artículo 460 del Código de Procedimiento Civil. Ese artículo establece que es sentencia interlocutoria, la que se da sobre algún artículo ó incidente antes de que se concluya la causa; y definitiva, aquella en que el Juez, concluida la instancia, resuelve sobre lo principal, condenando ó absolviendo al demandado.

A V. E., evidentemente, no le toca ahora resolver sobre lo principal condenando ó absolviendo al demandado. Lo que debe V. E. hacer es resolver el incidente sobre nulidad del laudo arbitral. Luego, V. E. evidentemente dicta una sentencia interlocutoria para la que bastan dos votos conformes.

Esas consideraciones decisivas están robustecidas por la disposición del artículo 568 del Código de Procedimiento Civil. Dice ese artículo que basta para dictar el laudo arbitral, mayoría de votos (la mayor parte) cualquiera que sea el número de árbitros. Ahora bien: si para dictar el laudo arbitral bastan dos votos sobre tres, ¿cómo es posible concebir que para resolver el incidente sobre nulidad de ese laudo se requieran tres votos?

El buen sentido se resiste á admitir tan ilógica solución.

Interpongo contra la resolución de V. E. solamente el recurso de reposición, porque me asiste la firme convicción de que V. E. volverá, después de leído este escrito, sobre la inadvertencia cometida al mandar integrar el Tribunal.

Por lo expuesto:

Pido á V. E. se sirva dejar sin efecto el auto recurrido y resolver el incidente pendiente sobre nulidad del laudo arbitral con dos votos conformes.

Será justicia:

La resolución que se dictó fué la siguiente:

«Vistos: Considerando que aun cuando la discordia

versara sobre el punto relativo á la sentencia arbitral, el fallo que se dictara á su respecto sería definitivo, poniendo fin al pleito, y de consiguiente necesitaría tres votos conformes, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 468 del Código de Procedimientos Civil, no se hace lugar al recurso de reposición deducido y estése á lo mandado.

Salvañach—Vázquez—Fein
(discorde).

En consecuencia, se integró el Tribunal y se dictó resolución en el recurso de nulidad con tres votos conformes.

He terminado.

SR. PRESIDENTE.—Puede observarse.

Si no hay quien pida la palabra, se levanta la sesión.

(Se levantó).

Labor de los Jueces de Paz

Consentimiento para el matrimonio

TRABAJO DEL SEÑOR JUEZ DE PAZ DE LA 18.ª SECCIÓN DE LA CAPITAL

¿Quién debe dar el consentimiento para contraer matrimonio cuando el hijo es menor de veintidós años y la madre ha contraído nuevas nupcias?

Con relativa frecuencia se ofrece en las oficinas del Registro Civil la oportunidad de aplicarse, en los matrimonios que se realizan, la disposición del artículo 108 del Código Civil y, con frecuencia también, ocurre el caso de que la madre de uno de los contrayentes, llamada por la ley á prestar su consentimiento, es casada en segundas nupcias.

En este caso la disposición de fecha 12 de diciembre de 1898 ordena que el consentimiento sea dado por los ascendientes de la madre, y á falta de éstos, por el tutor, —si el contrayente es menor de veintidós años,—por cuanto se considera á la madre impedida de prestarlo por la pérdida de la patria potestad que supone sus nuevas nupcias.

La última disposición citada reposa, por consiguiente, en el concepto de que la facultad de dar ó negar el consentimiento para el matrimonio, es un atributo de la patria potestad, pero la forma *taxativa* usada por el artículo 110 del Código Civil para la enumeración de los casos en que se entenderá faltar el padre, madre, etc., resuelve el caso en sentido contrario á la mencionada disposición.

En efecto, el artículo 108 del Código Civil dice que á falta de ambos padres legítimos, debe dar el consentimiento el pariente en grado más próximo, y el artículo 110 expresa cuándo la ley entiende que faltan las personas indicadas en el artículo 108.

Redactado el artículo 110 en forma *taxativa*, sólo debe considerarse faltar las personas llamadas á dar su con-

sentimiento cuando éstas hayan fallecido, estén dementes ó fatuos, se encuentren ausentes de la República y no se espere su pronto regreso, ó se ignore el lugar de su residencia.

Fuera de estos casos *expresos*, persona alguna puede sustituir al padre, madre ó ascendientes; por tanto, en el punto en cuestión, la madre viuda casada en segundas nupcias es la llamada á dar el consentimiento, porque su nuevo estado no está comprendido en los casos indicados por el artículo 110 del Código Civil.

Como consecuencia de lo expuesto, debe resolverse también que la madre casada en segundas nupcias deberá dar ó negar el consentimiento aún en los casos en que el hijo varón tenga más de veintidós años y menos de veinticinco, y la mujer más de veintidós y menos de veintitrés años, desde el momento que para ello nada implica la pérdida de la patria potestad.

Por último, consideramos que la disposición de diciembre 12 de 1898, no es lógica, pues sólo llama á dar el consentimiento á los ascendientes de la madre, excluyendo, sin razón alguna explicable, á los del padre, cuando la ley civil en su artículo 108 nos dice que á falta de padre y madre serán llamados el ascendiente ó ascendientes en grado más próximo, sin hacer distinción alguno.

CONCLUSIONES

El Congreso de Jueces de Paz declara:

1.º Que la disposición de fecha 12 de diciembre de 1898 está en oposición con los artículos 108 y 110 del Código Civil; por consiguiente, *quien debe dar el consentimiento es la madre casada en segundas nupcias*.

2.º Que en el caso de faltar ésta deben dar el consentimiento los ascendientes en grado más próximo.

3.º Que la madre casada en segundas nupcias, ó los ascendientes en grado más próximo, á falta de aquélla, son los llamados también á dar el consentimiento aún en el caso de que el hijo sea mayor de veintidós años y no haya cumplido veinticinco si es varón, y veintitrés si es mujer.

VICENTE BORRO.

JURISPRUDENCIA

La propiedad de los sepulcros está fuera del comercio; no puede ser transmitida sino por vía de herencia, partición ó donación entre parientes; es una propiedad inalienable.

ESCRITO REDACTADO POR EL DOCTOR DON
PABLO DE-MARÍA

Que no puede hacerse lugar á la pretensión de que sea puesto en remate público el sepulcro en que reposan las cenizas de los causantes de esta sucesión. Es contrario á derecho, además de serlo á los más elementales sentimientos de piedad filial.

A f. 128 vta., todos los herederos, con excepción de doña C. A. de B., manifestaron su voluntad de que no sea vendido dicho sepulcro; y á f. 161 vta., el Juzgado de-

claró que en la expresión «procédase en lo demás como se pide» (contenida en el auto en que se ordenó la venta de los bienes hereditarios) está comprendida la autorización para que no vaya á remate el panteón.

La referida resolución de f. 161 fué consentida por doña C. A. de B., representada por su apoderado don R. M.

Este antecedente basta, en el caso especial de que se trata, para que no pueda hacerse lugar á la pretensión actual de que sea puesto en remate público el sepulcro referido.

Por lo demás, aunque no mediase ese antecedente, tendría siempre que ser desestimada dicha pretensión, por las razones que paso á indicar.

Si aquel sepulcro estuviese vacío, podría admitirse que cualquiera de los herederos tendría el derecho de pedir la venta; pero guardando como guarda las cenizas de los padres de dichos herederos, y siendo un sepulcro de familia, no sucede lo mismo. Venderlo sería dar á la persona que lo comprase, el derecho de cambiar el destino de él, de quitarle el carácter que tiene la tumba especial de la familia á que pertenece hasta ahora, de suprimir la inscripción que lo distingue, (inscripción que es la de «F... A... y familia»), suplantándola por otra, y en fin, de enterrar en él los cuerpos de personas extrañas á la misma familia. Tal derecho, en el caso de poder ser conferido, no puede serlo sino por la voluntad unánime de los herederos.

Cada uno de los herederos, cada uno de los hijos, tiene el indisputable derecho de exigir que se guarden el respeto y el culto debido á las cenizas de sus padres, y como no puede haber derecho contra derecho, es claro que ningún heredero puede pretender, contra la voluntad de los otros, que se haga algo que, como la venta del sepulcro, importe una negación de aquel respeto y de aquel culto. La veneración debida á los despojos mortales de los progenitores constituye un derecho protegido por la ley, como lo prueba el hecho de que en ciertos casos es hasta un delito punible la profanación de esos despojos (Código Penal, artículo 150). ¿Puede uno de los hijos disponer contra la voluntad de los otros, de las cenizas de sus padres? Evidentemente no. Luego no puede hacer vender por su sola voluntad el sepulcro de familia, siendo así que el venderlo, sería disponer en cierto modo de aquellas cenizas, las cuales quedarían en el sepulcro, después de la venta, arrinconadas, como de prestado. No se puede hacer por vía indirecta, lo que no se puede hacer directamente (Acevedo, artículo 2301). Proceder así, contra la voluntad de todos los hijos menos uno, respecto de los restos de los padres, quitándoles el reposo que hoy tienen en un sepulcro de familia, sería un acto contrario á las buenas costumbres, (Laurent, tomo I, número 56) y los actos contrarios á las buenas costumbres, son ilícitos (Código Penal, artículos 1258 y 1262). No puede invocarse por el heredero que pide la venta, el derecho de propiedad, porque ese derecho está limitado por la ley y el derecho ajeno, según el artículo 439 del Código citado. En fin, los sepulcros de familia, los sepulcros en que se guardan los restos de los antepasados, no son objetos de comercio ó lucro, sino fundaciones piadosas, propiedades *sui generis*, que están fuera de las reglas ordinarias del derecho de dominio y de la libre disponibilidad de los bienes, y que no pueden venderse sino por acuerdo de todos los interesados (argumento de los considerandos 1.º y 2.º de la ley del 29 de abril de 1885. Carpentier y Frèrejean du Saint, «Repertoire Générale Alphabetique de Droit Français», verb. «Inhumation et sepulture», tomo 24, páginas 255 y 256, números 322, 323,

324 y 335). En Italia, la doctrina y la jurisprudencia van más lejos todavía, establecen que los sepulcros de familia no pueden ser vendidos, ni aún por acuerdo de todos los interesados. Es digno de tenerse en cuenta lo que dice sobre el particular el «Digesto Italiano», volumen 21, parte 2.ª, páginas 887 y siguientes. Lianza ha llegado hasta decir que el cuerpo de aquel que primeramente fué á yacer en el sepulcro lo inmoviliza en beneficio de sus huesos.

El abogado que me patrocina, no había estudiado á fondo antes de ahora el interesante punto jurídico de que se trata, pero hoy lo ha hecho y se ha convencido de que la doctrina que dejo enunciada es la verdadera y legal.

SENTENCIA DEL JUEZ LETRADO DE LO CIVIL DE 2.º TURNO, QUE FUÉ CONSENTIDA

Vistos:

Atento á que los derechos inherentes á la propiedad, entre otros el disponer ó enajenar, está subordinado á las prohibiciones de las leyes ó reglamentos, y á la imperfección del dominio resultante de las convenciones ó de la voluntad del testador (artículo 441 del Código Civil);

Que con respecto á los sepulcros, varios reglamentos municipales han establecido claramente su extracomercialidad, fundándose en que no habiendo sido obtenidos con un fin comercial, dice la ordenanza de 27 de agosto de 1883, tampoco son susceptibles de ser transmitidos sino por vía de herencia, partición ó donación entre parientes, por lo que declara nula toda cesión de sepulcros;

Que el reglamento del 15 de diciembre de 1898 consagra la misma doctrina disponiendo: Que desde que la concesión de sepulcros no constituye un contrato de venta y no acuerda en consecuencia un derecho real de dominio á favor del concesionario, sino un derecho de goce y uso limitado, los terrenos ó nichos concedidos sólo podrán transmitirse por vía de herencia, partición ó donación entre parientes y volverán al dominio de la Junta, cuando los dueños fallezcan sin herederos;

Que por último, la ley de 29 de abril de 1885 que declaró inembargables los sepulcros lo hizo expresamente fundándose en que no eran, como los otros bienes, accesibles al comercio de los hombres;

Que esa ley y esos reglamentos no han hecho sino aplicar el principio generalmente admitido de la extracomercialidad de *jus sepulchri*, estatuida por el derecho romano y aceptada actualmente, por distintos motivos, porque si antes las tumbas eran consideradas cosas religiosas y en virtud de esa calidad estaban fuera del comercio de los hombres, hoy, aunque libre el espíritu de ciertas preocupaciones religiosas, un sentimiento respetuoso de veneración hacia los muertos, de verdadera cultura afectiva, se revela contra el tráfico inmoral de las tumbas;

Que los copropietarios de un sepulcro de familia están vinculados por una comunidad forzosa á la que pueden substraerse, abandonando su derecho, pero no vendiendo lo que es invendible, lo que por ser en cierto modo un derecho personal, debe considerarse intransmisible á la manera de los derechos de uso y habitación; lo que por no tener un destino económico, puede contarse—como dice Höppen—fuera de nuestro patrimonio, *resque extra nostra patrimonium habentur*, y por lo tanto inenajenable y, si se quiere, hasta intransmisible, ya que el que adquiere un sepulcro, lo adquiere para él y su familia, á quien

pertenece *jure proprio* y no por derecho hereditario á la muerte del causante;

Por estos fundamentos: no ha lugar á la venta solicitada.

Al 1.º, 2.º y 4.º otrosí: Como piden.

Al 3.º Vista á los demás interesados, que podrán manifestar su conformidad ó disenso al notificarse.

Montevideo, marzo 26 de 1908.

A. Furriol.

Los lanchoneros que conduzcan mercaderías para buques determinados en los permisos respectivos, responden de las infracciones que cometan; responden si las mercaderías son rechazadas del buque designado en los permisos, y en vez de volver al fondeadero y dar cuenta, las conducen á otro buque que se encuentre autorizado para recibir carga.

El artículo 175 del Reglamento General de Aduanas, no es aplicable á la infracción citada.

Encontrándose en el puerto el vapor francés «Cordillere», fué solicitado por la casa S. L. y C. permiso de la Aduana, por 414 fardos de tasajo, para embarcarlos en el referido vapor, habiendo dicha casa abonado los derechos de exportación correspondientes, según permiso de exportación Núm. 5883. El vapor «Cordillere» rechazó los mencionados fardos por falta de lugar para colocarlos, siendo entonces llevados por la lancha al vapor «Oravia» de la P. S. N. C., omitiendo la casa embarcadora sacar el permiso de trasbordo correspondiente, por lo cual los referidos fardos fueron entregados en el «Oravia» con el pase para el «Cordillere».

La Contaduría de Aduana denuncia más tarde el hecho y se inicia con ese motivo un sumario contra los señores W. S. y C. Lmd., agentes del «Oravia». La Dirección General de Aduanas resolvió el sumario aplicando á los señores W. S. y C. Lmd., como agentes del «Oravia», la multa establecida en el artículo 175 del Reglamento Aduanero. Apelada la sentencia ante el Juez de Hacienda, este magistrado dictó la siguiente resolución interpretativa después del informe *in-voce* producido por los defensores doctores Alberto García Lagos y Joaquín Secco Illa.

Montevideo, septiembre 2 de 1908.

Visto el sumario instruido por la Dirección General de Aduanas con motivo de haberse recibido á bordo del vapor inglés «Oravia» 414 fardos de tasajo sin el permiso correspondiente,—

Resultando de este sumario, que no se trata en el caso de una defraudación de derechos, sino de una infracción del Reglamento en una operación de carga que fué llevada y recibida á bordo del vapor «Oravia», reconociéndolo también la resolución aduanera corriente á fs. 4 vta. y 5 del sumario; y

Considerando: que el artículo 175 del Reglamento General de Aduanas no es de aplicación á la infracción que se trata de penar, desde que esa disposición se refiere únicamente á todo buque que habiendo llegado á los puertos de la República con cargamento para la plaza solicite su descarga, no pudiendo durante esa operación remover ni recibir á bordo cosa alguna sin los permisos correspondientes de la Contaduría de la Aduana;

Que la resolución del Juzgado, corriente á f. 9 del sumario, lo único que estableció fué que los agentes del vapor «Oravia» no estaban directamente obligados á la multa que se les cobraba, desde que si se había cometido la infracción señalada en la disposición legal citada, debía sufrir la pena impuesta el capitán del buque, y sólo en el caso de que no fuera posible hacerla efectiva en él, por ausencia ú otras causas, es que los agentes deberían abonarla;

Que hay también error al creer que en la resolución del Juzgado se establecía que la Aduana podía declarar la responsabilidad personal del capitán del «Oravia» y hacer efectiva en él la pena establecida en el artículo 175 del Reglamento, como lo supone la Dirección General de Aduanas en el informe de fs. 7 á 8, y esto por el solo hecho de declararse en esa resolución que los agentes del buque no eran directamente responsables de la infracción que se denuncia;

Que el Juzgado estableció en esa resolución la salvedad de que la pena, si procedía, correspondía satisfacerla al capitán del buque, siempre que sus actos hubieran dado lugar á que esa pena le fuera impuesta;

Que el error de la Aduana consiste en pretender aplicar al caso que se examina, una disposición del Reglamento destinada únicamente á fiscalizar la descarga de un buque;

Que el vapor «Oravia» había abierto registro, después de obtener de la Aduana el permiso correspondiente para operaciones de carga en general, y por lo tanto su capitán no tenía otra obligación que presentar el manifiesto de la carga que había recibido á bordo hasta el momento de cerrar su registro;

Que son los lanchoneros ó patrones de lanchas que conducen mercaderías para buques determinados en los permisos respectivos, los que responden de las infracciones que cometan si la mercadería es rechazada del buque designado en los permisos, y en vez de volver al fondeadero y dar cuenta, las conducen á otro buque que se encuentre autorizado también para recibir carga (artículos 13 y 14 del Reglamento para la importación y exportación de frutos del país, mayo 27 de 1876, aprobado por resolución del Poder Ejecutivo de junio 10 de 1876; Colección Goyena, páginas 1277, 1278 y 1279);

Que únicamente cuando en la operación de embarque resulte fraude, es que el Reglamento que acaba de citarse, impone multa ó comiso según los casos, responsabilizándose al barraquero, saladerista ó cualquier otro establecimiento para embarque (artículo 11 del mismo Reglamento);

Que el capitán del «Oravia» recibió á bordo los 414 fardos de tasajo y no ocultó la operación haciendo figurar esos frutos en el manifiesto que pasó á la Aduana una vez terminada la carga de ese buque;

Que los frutos del país recibidos en el vapor «Oravia» estaban destinados para el vapor «Cordillere» y habían abonado los derechos aduaneros respectivos, de manera que los únicos responsables de la infracción del Reglamento cuya sanción se persigue, son los patrones de las lanchas que condujeron esos frutos al vapor «Oravia», cuando debieron volver al fondeadero, y dar cuenta de que no los admitían en el «Cordillere», á fin de tramitar nuevo permiso;

Por estos fundamentos:

Se revoca la resolución apelada, declarándose de oficio las costas causadas, sin perjuicio de las responsabilidades que puede imponer la Dirección General de Aduanas.

nas á quien corresponda, de acuerdo con lo establecido en esta resolución. Devuélvanse.

Francisco M. C'stro.

El Escribano Moderno.

Hemos recibido, y agradecemos, el primer número de esta revista que aparece bajo la competente dirección del señor escribano don Solano A. Riestra, considerado, y con justa razón, como uno de los miembros más inteligentes y laboriosos de su gremio.

Señala la nueva publicación nobles rumbos á la profesión de escribano, y es de esperar que la propaganda que inicia sea útil al país, interesado en que se dignifique, cada vez más, el ejercicio de una función pública que importa una verdadera garantía social.

Retribuimos complacidos el saludo especial que dirige á LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN.

Código de Procedimiento Civil ⁽¹⁾

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—INFORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁMARA.

(Continuación.)

Sin embargo, yo no haré mucha oposición á este artículo, puesto que en realidad lo que se busca en este caso, es una garantía más para los litigantes.

Sin embargo, repito, no veo la gran necesidad de lo que se exige en él.

Pero como no se toca ningún punto esencial ni se varía la ley, me limitaré á votar en contra sin hacer mayor insistencia.

SR. FIGUEROA.—La reforma, tal cual se propone, en toda su extensión, tiene bastante importancia, porque aquí hay un inciso que dice... (Lo leyó).

Esto es serio.

Por consiguiente, no puede decirse que es una alteración de poca monta.

Toda la alteración es desde el primero hasta el último inciso.

Yo encuentro, señor Presidente, que esta innovación es muy buena, porque no se dice que han de citar las palabras del Juez anterior, sino que han de fundar su sentencia en los hechos que les inspire esa sentencia.

No quiere decir que han de ser los mismos fundamentos sino que han de establecer los que no han de usar la fórmula de: «por los fundamentos de la sentencia apelada», confirmarse, sino que hay que fundar esa sentencia en los hechos que la inspiren.

Yo creo que esto es muy importante, y por eso sostendré la reforma así.

(Se vota si se aprueba y es afirmativa).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 743.

SR. SALVAÑACH.—Pediría que pasáramos á un cuarto intermedio.

SR. PRESIDENTE.—Podríamos, si quiere el señor senador, discutir este artículo y después pasar á cuarto intermedio.

SR. SALVAÑACH.—Precisamente, señor Presidente, pedir pasar á cuarto intermedio para tratar de ver el Código.

(Se pasa á cuarto intermedio).

SR. PRESIDENTE.—Continúa la discusión.

SR. SALVAÑACH.—Como hemos pasado á cuarto intermedio, hemos olvidado. Pediría la lectura del artículo 743 del Código vigente y el de la reforma.

(Se leyeron).

Como lo dice la Comisión, en este artículo no hay modificación sino en la redacción, porque el artículo vigente dice... (Lo lee).

Habla de la segunda apelación, es decir, cuando la sentencia de segunda instancia revoque la de primera, porque de otro modo no puede haber apelación sino en el caso expresado.

El artículo de la reforma dice... (Lo lee).

Esto es claro; no puede concederse la apelación si la sentencia de segunda instancia no hubiese revocado en todo ó en parte la de primera, porque si la hubiese confirmado sería cosa juzgada.

Es, pues, á mi juicio, y á juicio de la Comisión, nada más que una cuestión de redacción y de forma.

No ha habido, pues, otro motivo para reformar el artículo.

La Comisión no se opone, por no causar un rechazo injustificado; pero á su juicio, es el mismo artículo, no se modifica en nada.

Por consiguiente, acepta la reforma.

(Se vota y es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 809.

SR. SALVAÑACH.—Como lo dice la Comisión, señor Presidente, el Código vigente no se había preocupado de la recusación de los Tenientes Alcaldes, que debe existir.

Así como se recusan los Jueces superiores, pueden recusarse los que son inferiores también, y haber mérito legal para que no conozcan los Tenientes Alcaldes.

Había esa omisión en el Código, y la reforma la subsana estableciendo que sean los Jueces de Paz los que conozcan en la recusación de los Tenientes Alcaldes.

Es de aceptarse esa reforma desde el momento que viene á salvar ese inconveniente.

(Se pasa á votar y es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 828.

SR. SALVAÑACH.—Como se sabe, el secuestro ó embargo preventivo tiene por objeto asegurar al acreedor.

—No es un embargo efectivo, es solamente establecer la prohibición de transportar ó ocultar la cosa litigiosa ó que puede ser litigiosa con el objeto de asegurar al acreedor.

La única modificación de este artículo, está en el inciso tercero.

El artículo del Código vigente decía... (Lo leyó).

Y la reforma dice... (Lee).

Porque realmente no se ve motivo para garantizar al acreedor únicamente cuando haya de transportar el deudor fuera de la República y no cuando haya transportado dentro de ella, porque bien podría transportarlo de Montevideo á Canelones, por ejemplo, ó otro departamento, con fraude, con el objeto de ocultar.

(1) Véase año XIV, número 24.

Por consiguiente, es natural que se diga también «dentro de la República», en lugar de limitarse, con decir el artículo vigente «fuera de la República», únicamente.

Nos parece, pues, que hay propiedad y conveniencia en aceptar la reforma.

vota y resulta aprobado).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 874.

SR. SALVAÑACH.—Sabido es que los títulos que traen aparejada ejecución, señor Presidente, son aquellos que á su simple presentación ante el Juzgado deben llevar el mandamiento de embargo, es decir, que son títulos sobre los cuales no cabe discusión; por ejemplo, un vale protestado, una letra de cambio en esas condiciones ó un vale reconocido por el deudor y otros en estas condiciones.

Pero en este artículo vigente no se establecía. (*Lo lee*).

Mientras tanto, una sentencia consentida y ejecutoria no es susceptible de discusión, y por consiguiente, lo que en ella se dispone á su simple vista, el Juez no tiene más remedio que librar ejecución de embargo; lo mismo que el laudo arbitral consentido, lo mismo que las transacciones aprobadas judicialmente son individualmente títulos que aparecen ejecución.

Limitándose la reforma á esta circunstancia, á este caso práctico, la Comisión ve que hay conveniencia en aceptarla.

(Se vota y es aprobada).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 881.

SR. SALVAÑACH.—En este artículo, señor Presidente, se agrega el inciso último que dice:

«Cuando se embargue un crédito ó acción que pertenezca al deudor, el ejecutante queda autorizado para ejercer judicial ó extrajudicialmente los actos necesarios á efecto de impedir que se perjudique el crédito ó la acción embargada siempre que haya omisión ó negligencia por parte del deudor.»

A la Comisión le ha parecido que es demasiado lata esta modificación, que puede ocasionar perjuicios y sobre todo, que trastorna, absolutamente, los principios elementales de derecho; porque cuando se embarga un crédito, no por el hecho del embargo viene á ser dueño del crédito el que lo embarga, sino después que ha resultado una sentencia á su favor que lo declare tal acreedor.

Pero así solamente por el embargo, establecer en absoluto, como lo hace la reforma, que puede ejecutar ese crédito el acreedor como si ya lo fuera tal, cuando no ha habido cesión de derechos de ninguna clase, es, repito, á juicio de la Comisión—trastornar el orden regular de los procedimientos y los principios elementales de derecho.

Lo más que la Comisión acepta, señor Presidente, es la forma en que se redacta ese inciso. (*Lo lee*).

Y esto se comprende, porque bien puede haber por parte del deudor negligencia, confabulado con su acreedor con el objeto de perjudicar los derechos de un tercero que ha embargado ese crédito.

En ese caso, la ley lo faculta, ó al menos el proyecto de ley en discusión, lo facultaría para ejercer los derechos á efecto de impedir—por ejemplo—cuál es la cuenta de crédito comercial, cuál es la letra, para que la proteste á efecto de que no se perjudique, pero nada más.—Nunca inmediatamente se presenta como si fuera ya el dueño de la letra cobrándola ejecutivamente y promoviendo un juicio que diera mérito para después alegar de nulidad.

Así es que el artículo que viene redactado, tiene una latitud que la Comisión no se atreve á aceptar, y por eso

se permite aconsejar al Honorable Senado lo modifique en los términos que acabo de indicar.

(Apoyados).

(Se vota el artículo salvo la enmienda, y es aprobado).

(Votándose con la enmienda, es aprobado también).

SR. PRESIDENTE.—Como ha sonado la hora marcada por el Reglamento...

SESIÓN DEL 18 DE MARZO

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 885.

SR. SALVAÑACH.—Señor Presidente: según el informe de la Comisión de Legislación, que se ha leído, se ve que ha estado dividida su opinión sobre este punto.

La mayoría de la Comisión, entendía que debía mantenerse el artículo en la forma propuesta por la Comisión de la H. Cámara de Representantes y sancionado allí.

El inciso 2.º se refiere á que las prendas de uso personal del deudor y su familia, así como los muebles y útiles de servicio, contenidos en su casa habitación, no son embargables, exceptuando los de sala y antesala, siempre que la deuda provenga de los mismos muebles ó de alquileres de casa.

La H. Cámara de Representantes en esta modificación no hace otra cosa que establecer libremente la ley vigente, es decir, la ley que sancionó el año pasado la H. Asamblea á solicitud del Tribunal de Justicia.—Es decir, el Tribunal de Justicia se dirigió al Poder Ejecutivo estableciendo las quejas que había y las dificultades que se tocaban con motivo del embargo de los muebles de las casas y habitaciones y proponiendo ó solicitando del Poder Ejecutivo recabase del Cuerpo Legislativo una sanción á su respecto, que salvase ó obviase ese inconveniente.

Pasado el asunto al Cuerpo Legislativo, el Cuerpo Legislativo fué aún más allá de lo que el Tribunal de Justicia había indicado, y resolvió como acaba de verse que, en absoluto, no puedan embargarse otros muebles que los de sala y antesalas, y eso siempre que la deuda provenga de los mismos muebles ó alquileres de casa, es decir, que cualquiera que sea la procedencia de la deuda, no siendo en estas dos condiciones, eran inembargables, estaban exceptuados de pagar sus créditos ó deudas con esos muebles.

A mi juicio, señor Presidente, este artículo tiene muchos inconvenientes, y es por eso que yo en el seno de la Comisión manifesté mi discordancia.

Se ve, señor Presidente, que había sido este artículo, como otros muchos, materia de divergencia en la Comisión y que ésta había estudiado el asunto.

Sin embargo de eso, en la prensa—que mucho respeto, señor Presidente, porque me gusta oír siempre la opinión de todos y mucho más en asuntos de importancia,—se hacían precisamente cargos sobre todo á la Comisión de Legislación y personalmente á mí, porque no nos habíamos preocupado de esta reforma, encarándola bajo un solo punto de vista, es decir, bajo el punto de vista de que los actuarios quedan completamente impagos en sus costas, que es ilusoria la disposición del artículo 211 del Código Civil de Procedimientos, que determina que en caso de que no se paguen las costas dentro del término de tres días, el actuario dará cuenta al Juez y el Juez mandará trabar embargo de bienes bastantes para cubrir esas costas;—y es la verdad de las cosas: las planillas de costas superabundan en las oficinas públicas porque no se pagan y no es posible que se cobren desde que no ha-

ya bienes con qué responder, porque sería necesario que los deudores fueran afincados únicamente, que tuvieran edificios para que se les pudiera obligar á pagar esas costas, desde que en tesis general se determina que no son embargables los muebles.

Esta doctrina, señor Presidente, así también en absoluto en las condiciones que se propone, pugna contra los principios de moral y justicia, que ordenan que el deudor pague lo que adeude á su acreedor.

Es el único modo de que las sociedades puedan marchar en armonía con los principios naturales, y justo y equitativo.

No es posible que se permita á un deudor que viva con lujo, señor Presidente, y que sus acreedores estén expuestos á no ser pagos.

No, señores; á mi juicio, lo natural, justo, equitativo y moral es que cada uno viva en las condiciones que pueda hacerlo, sin perjuicio de tercero.

Es tan lato este artículo, señor Presidente, que hasta por él se inhibe el embargo, por ejemplo, de fuertes cantidades de dinero, que pueda tener un deudor en alhajas, porque dice: «las prendas de uso personal y de su familia, y los muebles y útiles de servicio contenidos en su casa habitación».

¡Cuántas familias hay, señor Presidente, que tienen miles y miles de pesos en alhajas, en brillantes pura y simplemente, en cosas de lujo!

Sin embargo, estando al tenor de este artículo no podrían embargarse y podría presentarse un deudor ostentando un lujo asiático, mientras que el acreedor estuviera pereciendo de hambre.

Esto no me parece justo, ni moral, ni equitativo.

Yo, en el seno de la Comisión, tuve ocasión de exponer que me reservaba alegar *in voce* esta opinión para opinar en contra de la reforma y en contra, consiguiendo, de la ley de 1.º de julio de 1880, puesto que la reforma no hace otra cosa que copiarla al pie de la letra, y en su lugar proponer que se sancione de nuevo el inciso 2.º del artículo 885 del Código Civil de Procedimientos, quedando las cosas en el estado que estaban antes de dictar esta ley.

Por ese inciso la excepción que se hace en los embargos es la siguiente:... (Lee).

SR. BAUZÁ.—Mejor es embargarlo todo.

(Continuará).

La expropiación por causa de utilidad pública, en el Senado argentino (1)

DISCURSO DEL DOCTOR MONTES DE OCA

(Conclusión)

Más tarde, se dicta el Código Napoleón y se cambian, á mi juicio de una manera fundamental, los términos de la cuestión. El artículo 545 de ese cuerpo de leyes preceptúa: «Nadie puede ser obligado á ceder su propiedad si no es por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización».

Los comentadores del Código francés reconocen la modificación substancial operada y determinan su razón de ser.

Antes no se podía atacar la propiedad particular, sino en virtud de una necesidad imperiosa é inevitable; después se pudo atacar cuando tan sólo una utilidad pública, concepto abstracto, cuya apreciación depende del criterio de cada uno, aconsejaba proceder así, con objetivos de interés común.

La utilidad comporta, sin duda, una idea mucho más amplia que la de necesidad, y por eso es que los comentaristas del Código Napoleón y los viejos constitucionalistas, Pellegrino Rossi, entre ellos, que dió sus lecciones desde 1835 hasta 1845, observan que, al incluirse en el Código el artículo 585 que acabo de leer, se tuvieron en mira las grandes obras públicas que iba á realizar el Imperio. Efectivamente, fué así: para hacer posibles esas obras de aliento, era ineludible borrar de una manera completa el criterio de la necesidad, y aumentar la amplitud de las facultades del poder.

Y bien: nuestras primeras constituciones, la de 1819, la de 1826, á que se refería el señor senador por La Rioja, han seguido el sistema francés, inclinándose quizás al criterio de la necesidad, aunque no de una manera precisa.

La constitución vigente de 1853 también adopta el sistema francés, pero con términos tan explícitos, respecto al criterio de la utilidad, que no puede existir, á su respecto, ni la sombra de una duda: la verdad es que, según el precepto de nuestra carta fundamental, la causa que debe decidir cuando la propiedad particular pueda ser expropiada, es sólo y exclusivamente la utilidad pública. «La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada», estatuye el artículo 17.

De modo que, por motivos de simple utilidad, por razones cuya apreciación depende de multitud de circunstancias en las cuales el criterio puede variar al infinito, simplemente por utilidad, lo repito, puede expropiarse la propiedad particular. No tiene esta facultad trascendencia perniciosa de ningún género, pues de todos modos, no pierde mucho el propietario á quien se despoja de su bien si se le da la suma perfectamente equivalente á su valor.

Con la pauta de la utilidad como criterio, no me parece dudoso que en cualquier circunstancia y en cualquier caso pueda el Congreso decretar la expropiación de la propiedad privada para la realización de una obra pública cuando lo repute conveniente para el país. Se sigue también el precepto constitucional que todo aquello que en opinión del Congreso sea útil, puede expropiarse para los fines que se tienen en mira al dictar la ley. Esto no es tampoco una novedad en el mundo jurídico.

La expropiación por zonas responde á una razón científica, á una razón de equidad, que el señor senador por la Rioja ha estudiado con entera lucidez.

El nos decía que no era racional que una obra pública no fuera satisfecha, en parte al menos, que el mayor valor que adquirieran las propiedades á que ella favorece; y es así, señor Presidente. No es justo el sistema que indicaba el señor senador por Buenos Aires, según el cual para hacer la Plaza del Congreso y las avenidas transversales se debía decretar un impuesto á toda la comuna, porque el beneficio alcanzaría á todo el municipio.

Aunque no desconozco ese beneficio, es incuestionable, que las ventajas mayores serían para los felices propietarios cuyos bienes raíces dan frente á la obra.

(1) Véase año XIV, número 24.

En el proyecto que presentaba el señor senador por Buenos Aires á la consideración de la Cámara el año anterior, ensanchando la calle Perú y autorizando á la Municipalidad á levantar un empréstito de cinco millones de pesos, para llevar á cabo esa reforma y alguna otra, probablemente estaba envuelto el sistema que hoy preconiza; pero, la verdad es que hubiera llegado á injusticias irritantes, tan irritantes como las observadas en la Avenida de Mayo. En efecto, transformada la calle Perú en Avenida, tomándose para ello la parte necesaria de los inmuebles de un costado, los propietarios de la acera opuesta hubieran adquirido, por razón de la obra á que se iba aplicar el empréstito basado en el crédito general de la comuna, un mayor valor en sus propiedades, que ninguna razón jurídica ni legal autoriza.

Si la comunidad da ese mayor valor, los principios filosóficos conducen á la conclusión de que ese mayor valor pertenece al municipio, porque toda propiedad pertenece á quien la crea. Si es el capital de la comuna el que valoriza bienes raíces, es el capital de la comuna el que debe aprovechar de las ventajas.

Hace poco tiempo las municipalidades de casi todos los Estados de Inglaterra, Escocia é Irlanda hicieron una representación conjunta al Gobierno solicitando la adopción de medidas que autorizaran para imponer una tasa sobre el valor de los inmuebles. Estaban representados 518 municipios, y llegaron á Londres, donde fueron recibidos en ausencia del primer ministro, por Mr. Asquith, que es el Canciller del Exchequer, hombre de vastas vistas políticas y profundos conocimientos jurídicos. Se hallaba también presente Mr. Bryce, á quien tantas veces se ha citado en esta Cámara y á quien tantas y tantas veces se cita por aquellos que se dedican á los estudios constitucionales. Se hallaba también presente el Presidente del departamento del gobierno local, Mr. Burns. Hecha la petición, demostraron los representantes de las municipalidades que se estaba produciendo una enorme injusticia con el régimen vigente de no gravar los bienes raíces en forma especial; que el aumento de la tasa del impuesto que se hacía sufrir á pobres y ricos para ejecutar las obras públicas,—que es en definitiva el sistema que aconseja el señor senador por Buenos Aires,—había caducado por antiguo en todas partes y que era necesario reemplazarlo en alguna manera, estableciendo de un modo firme y decidido que el propietario debe satisfacer el beneficio que recibe.

En 26 de febrero del corriente año Mr. Asquith, llevando la palabra de la comisión gubernamental, contestó que, á su juicio, los delegados tenían completa razón; que los principios que sustentaban eran indicados por la más sana lógica y los preceptos jurídicos más elementales. «Hay dos principios, dijo, que me parecen basados en el sentido común y en la equidad. Es el primero que aquellos que aprovechan las mejoras públicas deben contribuir á su costo en proporción equitativa. El otro es—y lo reputo correcto y justo—que la comunidad debe cosechar en su provecho el mayor valor que se obtiene á consecuencia de sus propios gastos». Mister Bryce adhirió á esta conclusión y, naturalmente, adhirió á ella Mr. Burns, que participa de ideas socialistas un tanto avanzadas y que, por razón de ellas, no considera tan inviolable el derecho individual.

El señor senador por la Rioja nos ha manifestado que, de acuerdo con estos principios, hay dos medios de hacer pagar á la propiedad linderá el mayor valor que ella adquiere á virtud de la obra pública realizada: uno es el impuesto en forma y condición especial; el otro es la «expropiación por zonas».

El impuesto en forma especial reviste modalidades que también indicaba el señor miembro informante. Son el *contributo* en Italia y el *local assessment* en Estados Unidos.

Si bien pudiera encontrarse alguna diferencia entre ambos, no hace ella directamente á la cuestión.

El *contributo*, en realidad, tiene más especialmente en cuenta el mayor valor alcanzado por la propiedad y obliga al particular á satisfacer ese mayor valor. La ley general de expropiación de 25 de junio de 1865 establece en su artículo 78 que el favorecido debe sólo pagar la mitad de él. Sin embargo, por leyes particulares que se han dictado para algunas partes y especialmente para la ciudad de Nápoles, se determina de una manera clara que la totalidad del mayor valor es la que debe tomarse en cuenta. Un distinguidísimo autor de derecho administrativo, Meucci, sostiene que esta es la única solución justa.

El *local assessment* tiene primordialmente en cuenta el valor de la obra realizada y en segundo término el mayor valor alcanzado por la propiedad con el sistema americano en general,—y digo en general, porque cada Estado dicta sus propias leyes—la totalidad del valor de la obra puede cargarse sobre la propiedad favorecida, siempre que este valor no exceda del precio real y efectivo del mismo inmueble.

La *expropiación por zonas* es el otro medio que se ha escogido para hacer pagar al propietario favorecido el beneficio que debe pertenecer y que pertenece en realidad á la comuna desde que ella lo crea.

Los dos sistemas son en el fondo el mismo. Los dos atacan la propiedad como también lo hace el impuesto común, aunque en una forma más tenue; los dos se proponen el mismo objetivo; los dos tienden á facilitar trabajos de interés general; los dos procuran costearlos con el incremento de importancia y las ventajas que se acumulan al inmueble vecino; los dos, por distintos caminos, pueden llegar al mismo resultado: el *contributo* ó *local assessment* pueden convertirse en una expropiación; la expropiación puede convertir en un *contributo* ó *local assessment*.

En efecto, tanto donde impera el *local assessment* como donde impera el *contributo*, el propietario se halla autorizado, por razón natural, á abandonar el inmueble gravado con el impuesto, y es lógico que así suceda, porque en muchos casos es casi imposible para el dueño, por dificultades financieras, satisfacer el impuesto. En esas condiciones se ve obligado á abandonar el inmueble.

Esta es una expropiación en definitiva; es una expropiación disimulada; es una expropiación, como se ha llamado alguna vez, hipócrita, término que, si bien un poco duro, ha sido aplicado por quien ha hecho estudios sociológicos de las comunidades de Nueva York y Chicago en folletos muy difundidos y que demuestran hasta qué punto estas administraciones son incorrectas cuando determinadas entidades políticas llegan al poder.

Lo cierto es, lo repito, que por medio del *assessment* y del *contributo* se llega al mismo resultado que por medio de la expropiación, y es más natural, más lógico, más arreglado á derecho proceder de un modo directo y afrontar, sin vacilaciones y con franqueza, el fondo de la cuestión, resolviéndola de acuerdo con los principios establecidos.

La «expropiación por zonas», por el contrario, también puede ser, en muchos casos, el *contributo* ó el *local assessment*, ya que nada impide que el expropiado vuelva á readquirir su propiedad cuando se enajena en remate.

De esta suerte, habrá recibido el valor actual de su inmueble al expropiarsele y pagará al Estado el valor adquirido una vez realizada la obra. En suma: sería la diferencia entre los dos valores lo que vendría á satisfacer, ó en otros términos, devolverá al Estado, simplemente, porque es el Estado el que ha creado esta riqueza.

De estas explicaciones y de las dadas por el señor senador, miembro informante de las Comisiones, resulta que los dos sistemas, el del *contributo* y *local assesment* y el de la «expropiación por zonas» son perfectamente concurrentes al mismo resultado. Es por eso que hoy el concepto general no mira con disfavor la expropiación por zonas para vender en seguida á particulares lo que el Estado adquiere y no necesita para la obra. Efectivamente, así tiene que ser, porque si el Estado no va á sacar provecho del mayor valor, no vale la pena de que verifique la expropiación total.

El señor senador por la Rioja nos indicaba que la ley española de 10 de enero de 1879 sanciona clara y terminantemente la expropiación por zonas, y que la hacían también la ley italiana de 25 de junio de 1865, las leyes belgas de 1.º de julio de 1858, 15 de noviembre de 1867, 27 de mayo de 1870 y el decreto francés de 26 de marzo de 1852. Podría agregarse quizás, la ley de 15 de enero de 1885, sobre saneamiento de la ciudad de Nápoles, cuyo artículo 13 está concebido así: «En el plano de que se habla en el artículo 1.º se determinará el área de las zonas laterales á las nuevas calles que el municipio podrá expropiar por causa de utilidad pública».

Todas las legislaciones latinas, basadas en los principios de que la propiedad es inviolable y que sólo puede llegarse á la expropiación por razones de utilidad pública, conducen á idéntico resultado: es posible expropiar zonas y es posible vender á particulares parte de lo expropiado.

Debo observar, siquiera sea de paso, que es precisamente de la legislación francesa, fuente del precepto de nuestra Constitución, de donde ha nacido también esa facultad de la expropiación por zonas, hoy tan generalizada en el continente europeo.

Los autores que comentan las leyes de las diversas naciones referidas no trepidan en aceptar el principio, y muchos, como si se tratara de la cosa más familiar, más correcta, más firme, sobre la que debe descansar y descansar, según ellos, el derecho de propiedad.

Comentando la ley de 1865 dice, por ejemplo, el Digesto italiano: «Está establecido: que pueden comprenderse en la expropiación, no sólo los bienes indispensables para la ejecución de la obra, sino también aquellos contiguos, en una zona determinada, cuya ocupación se refiera directamente al fin principal de la obra misma». «La primera de estas disposiciones alude á lo que se denomina «expropiación de zonas» y que las leyes más recientes han creído oportuno sancionar con fines de higiene ó de saneamiento de las ciudades populares, y que se proponen principalmente combatir las resistencias de los particulares á ceder una porción de sus fundos mayor que la zona reputada necesaria para la construcción de una calle nueva ó para el ensanche de una calle preexistente». «Para sanear barrios malsanos, donde se concentra la población obrera; para abrir amplias vías á través de casas adosadas la una á la otra; para dar aire y luz á todos los edificios, muchas veces es indispensable actuar más allá de las líneas que indican sobre los planos las secciones de las calles». (v. *Expropriatione*, núms. 160 y 161). Orlando (*Diritto amministrativo*, t. 4, p. 116) y Meucci (*Diritto amministrativo*, p. 558) repiten idénticos conceptos.

En cuanto á la ley francesa, los comentadores de ella llegan, puede decirse, á las mismas conclusiones. Un magistrado distinguido que ha intervenido en multitud de juicios de expropiación en Francia, M. Nicias Gaillard, en un vote emitido con motivo de los tantos debates que se han hecho en materia de expropiación, escribe: «Pero si el propietario, en lugar de pedir que se le tomen, pretendiera guardar para sí los restos del terreno, con la esperanza de aprovechar de una vecindad ventajosa, ¿le serían acaso dejados? No. Podría haber allí una gran obra que concluir ó completar. Se requeriría que en estos barrios embellecidos, saneados, abiertos al aire y á la luz, todo fuera digno de la empresa y concuerda al resultado. No era posible, sobre todo, dejar sobre los bordes de estas calles nuevas ó rejuvenecidas, cloacas infectas, receptáculos asquerosos, ni permitir siquiera que mezquinas construcciones, únicas que podrían resultar en terrenos insuficientes, rompieran la armonía de las líneas y perjudicaran la unidad majestuosa del conjunto por contrastes chocantes. El legislador, hasta entonces, había parecido preocuparse solamente del interés privado; había de proveer también al interés del público.

De ahí la primera disposición del artículo 2.º del decreto de 26 de marzo de 1852 («Revue de législation et jurisprudence», t. 1 de 1853). Dufour («De l'expropriation», p. 343), Daffoy de la Monnoye («Theorie et pratique de l'expropriation», t. 2, p. 568) y tantos más aceptan estas ideas, como verdades inconcusas.

En Bélgica, todos los comentadores de la Constitución, Thonissen («La Constitution Belge», p. 38), entre otros, llegan á la misma conclusión. «Y he de permitirme hacer una última cita, importante para los que se dedican especialmente al estudio del derecho. Es una cita de uno de los civilistas contemporáneos de más autoridad que ha volcado en su obra la experiencia y la ciencia acumulada durante muchos años; obra que se encuentra en todas las bibliotecas y que es hoy, puede decirse, el comentario que se usa más en nuestros tribunales. Me refiero á Laurent, quien escribe: «Una ley de 1.º de julio de 1858 ha introducido el principio de la expropiación por zonas, para facilitar y favorecer el saneamiento de barrios insalubres. La expropiación parece implicar que el Estado no puede privar á los particulares sino de los terrenos que son necesarios para la ejecución de los trabajos de interés general. Es así como ordinariamente se hace la expropiación: el Estado no adquiere sino los terrenos que necesita».

«Esta forma de expropiación no salvaguarda el derecho social cuando se trata de trabajos de saneamiento; no basta abrir una calle á través de un barrio malsano, si los linderos de la nueva calle pueden levantar construcciones igualmente malsanas. De ahí la necesidad de expropiar más allá de lo que se destina á la calle; es lo que se llama la expropiación por zonas».

«El Estado adquiere todos los terrenos que dan sobre la vía nueva, y no los da á particulares sino bajo las condiciones que él determina. Lo que la ley de 1858 ha hecho en interés del saneamiento, una ley reciente del 15 de noviembre de 1867 lo ha extendido á las mejoras de la vialidad y también al embellecimiento de las ciudades. Los trabajos de embellecimiento y de mejora constituyen igualmente un derecho social, porque son un deber de la sociedad. Ahora bien: quien desea el fin, debe desear también los medios; para que se logre el propósito se requiere que el Estado tenga la facultad de disponer de los terrenos linderos». («Droit Civil», t. 6.º pág. 178).

Entre nosotros el texto constitucional ha sido puesto en tela de juicio en las diversas oportunidades á que se ha referido el señor senador por la Rioja, y no una sola vez como parece haberlo entendido el señor senador por Buenos Aires. En los casos relativos á la expropiación de una legua de uno y otro lado de la vía, á que dió lugar la construcción del ferrocarril del Rosario á Córdoba, se planteó la cuestión constitucional y la Corte resolvió, teniendo en cuenta las diversas argumentaciones que se hicieron, que la utilidad pública debía ser calificada por el Congreso. En el caso del ferrocarril Oeste Santafecino, se planteó también la cuestión constitucional. El juez de primera instancia del Rosario, doctor Abalos, falló declarando que no tenía autorización el expropiante para tomar de los inmuebles particulares sino lo indispensable para la construcción de la obra. Esa fué su sentencia, basada en principios sostenidos por la mayoría de la Suprema Corte en el caso de la Avenida de Mayo. El tribunal de Apelaciones del Rosario falló revocando la resolución de primera instancia y aceptando la constitucionalidad de la ley y fué, precisamente, por pretenderse que era inconstitucional, que se llevó el caso ante la Corte Suprema.

Yo no me explico cómo el señor senador por Buenos Aires puede sostener que no se discutió la constitucionalidad del precepto, cuando se trataba de una ley provincial aplicada por los tribunales provinciales y que sólo pudo llegar á la Suprema Corte porque estaba en tela de juicio una cláusula constitucional. Sólo por ese motivo llegó á los estrados del alto tribunal; de modo que la Suprema Corte, al fallar en ese caso, lo hizo con entera conciencia, empezando por declararse competente, y lo hizo precisamente, por la razón apuntada, porque en otra forma no hubiera podido hacerlo. La jurisprudencia de la Corte, si tal puede llamarse á una sentencia sola, que ha analizado con tanta propiedad el señor senador por la Rioja, en el caso de la Avenida de Mayo, ha sido desechada por otra sentencia en el caso del ferrocarril Oeste Santafecino y en que la Corte estudió la cuestión y la resolvió con la concisión que puede tener en estas materias, porque se trata simplemente de definir actos claros y netos de la Legislatura, de acuerdo con un artículo claro y neto también de la Constitución. La Suprema Corte, en consecuencia, dejó de lado su sentencia de la Avenida de Mayo, la revocó en cierta manera, en la forma que acostumbra á hacerlo el tribunal, y determinó con toda claridad que la utilidad pública calificada por ley no podía ser, sino en caso de abuso extremo, revisada por el Poder Judicial.

Yo no sé si en el curso de mi exposición he olvidado algunas de las consideraciones aducidas por el señor senador por Buenos Aires; pero declaro que, á medida que iba pronunciando su elocuente y estudiado discurso, me producía el efecto de que cada una de sus aseveraciones podía ser fácilmente replicada. Si, pues, algunas de ellas he dejado en pie, es simplemente por olvido por no tenerlas presente; pero creo con toda firmeza, con toda convicción, que cualquiera que ella sea se presta á una réplica acabada y concluyente.

En virtud, pues, de estas consideraciones, yo creo que puede el Senado votar esta ley sin peligro.

La conciencia pública á que se refería el señor senador, ha evolucionado ya, y cree que es indispensable sancionar, de una vez por todas, los principios que han de hacer fácil las obras de embellecimiento, que aumentarán ese bienestar general de la población, á que aspiraron, como un supremo anhelo, los constitucionalistas del 53.

La Corte Nacional no está compuesta, ni lo ha estado jamás, por viejos oidores de la audiencia de Charcas, y no entra en sus hábitos, el de revolver las páginas amarillentas y roídas de Gregorio López, el comentador de las leyes del Rey Sabio, de Bobadilla y de Solórzano, para encontrar allí algún texto sacramental que permita dilucidar las divergencias que se susciten, á la manera que se hacía en el procedimiento formulario de la antigua Roma. A ella llegan los clamores de las necesidades públicas y en más de uno de sus fallos ha demostrado que sus doctrinas se inspiran en principios de estadistas que convierten á la judicatura en un verdadero poder del Estado.

A ella llegará también el clamor de la vida febril de esta ciudad, de sus inmensas actividades, y estudiará la conveniencia de hacer posible obras de embellecimiento y de higiene, destinadas á transformar la vieja aldea de antaño en la gran ciudad de mañana, capital de un gran Estado que el siglo XX, al decir de pensadores ilustres, verá levantarse en nuestro vasto, feraz y privilegiado territorio.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 1.-AÑO XV

AÑO XV, por el Br. Justino E. Jiménez de Aréchaga, pág. 1.

A LOS SEÑORES «USCRIPTORES».—La publicación de los fallos de la Alta Corte de Justicia y el índice general de los catorce tomos de esta «Revista», por la Dirección, pág. 2.

TÉRMINOS PROBATORIOS EN JUICIOS MENORES DE DOS CIENTOS PESOS, por el doctor Pablo De-María, pág. 2.

ASOCIACIÓN JURÍDICA.—(Sesión del 17 de agosto de 1908).—Bastan dos votos conformes en el Tribunal de Apelaciones para dictar resolución en el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral, por el doctor Payssé, pág. 6.

LABOR DE LOS JUECES DE PAZ.—Consentimiento para el matrimonio. Trabajo del doctor Vicente Borro, pág. 8.

JURISPRUDENCIA:

La propiedad de los sepulcros está fuera del comercio; no puede ser transmitida sino por vía de herencia, partición ó donación entre parientes; es una propiedad invendible, pág. 8.

—Los lanchoneros que conducen mercaderías para buques determinados en los permisos respectivos, responden de las infracciones que cometan; responden si las mercaderías son rechazadas del buque designado en los permisos, y en vez de volver al fondeadero y dar cuenta, las conducen á otro buque que se encuentre autorizado para recibir carga.

El artículo 175 del Reglamento General de Aduanas, no es aplicable á la infracción citada, pág. 10.

«EL ESCRIBANO MODERNO», pág. 11.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—Historia de las reformas de 1833, pág. 11.

LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA, EN EL SENADO ARGENTINO, pág. 13.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan.
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scarpio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustan, Juan (B. Aires).
» Cubillo, Justo.
» De María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos E.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín U.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sienra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimosio
» Tífo, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 30 DE SEPTIEMBRE DE 1968

NUMERO 2

Sobre la oportunidad de decretar la libertad durante el sumario

¿Durante la instrucción de un sumario, es procedente decretar la libertad absoluta del prevenido porque, según las diligencias practicadas en autos, la acción que corresponde entablarse es la privada?

En sentencia dictada por un Juez Letrado departamental, se sostiene la afirmativa en el siguiente caso: A, valiéndose de un palo acomete á B y le causa heridas leves; la defensa solicita la excarcelación provisoria del prevenido, antes de estar concluido el sumario, y el Juez la otorga definitivamente, fundándose en que se trata del delito de lesiones personales, previsto en la primera parte del artículo 326 del Código Penal, el que solamente puede ser castigado á querella del particular ofendido.

La tesis sustentada por ese magistrado, me parece estar en contradicción con las disposiciones del Código de Instrucción Criminal.

En efecto, la naturaleza de la acción por sí sola, no puede en nada modificar los procedimientos de un sumario; sea pública ó privada la acción criminal que corresponda por los hechos que han dado mérito á la instrucción de un proceso, ella no debe obstaculizar su marcha, tendiente á la averiguación de si ha habido ó no

delito, quién ó quiénes son los culpables, y por último, según la naturaleza de los hechos delictuosos, cuál es la persona que debe acusar ante el Juez, si es la damnificada ó la que representa al Ministerio público.

La acusación fiscal se entabla, cuando la causa se encuentra en estado de plenario, es decir, cuando ya han sido agotados los medios de averiguación de la verdad y por consiguiente el sumario está terminado. Ahora bien: no hay razón alguna para que la acusación privada se entable antes.

El Código de Instrucción Criminal no ha establecido un procedimiento especial para los delitos que se castigarán á querella de parte damnificada, distinto del que se debe seguir cuando procede la acción pública; la única diferencia entre uno y otro caso estriba en la persona que producirá la acusación; en el primer caso, la persona lesionada por el delito será la parte acusadora; en el segundo, el Fiscal ó Agente Fiscal.

El determinar si un delito da mérito á la acción pública ó simplemente privada, para saber quién debe entablarla, no es una cuestión que pueda resolverse antes de la iniciación del sumario ó durante su instrucción. Es necesario, para ello, averiguar previamente, cuál es el delito que se ha cometido, y esto jurídicamente, sólo es posible después de concluido el sumario.

Si hubiera que esperar para proceder criminalmente contra los presuntos culpables, á que se precisara previamente quién debe formular la querella, la acción de la justicia, en muchísimos casos, sería completamente

nula; ni siquiera podrían los Jueces dictar medidas previas al sumario para averiguar la naturaleza de la acción, porque ellas no serían otra cosa que diligencias sumariales, las que por su propia naturaleza no podrían iniciarse hasta que no se dedujera la acción correspondiente, lo que es un verdadero contrasentido.

Todos los días se cometen delitos ante los cuales la autoridad judicial no puede quedar impasible, esperando á que se deduzca por quien corresponda la respectiva querrela.

La regla general, es que dentro de lo posible, el Juez tome una intervención inmediata en los hechos que se presentan con caracteres delictuosos que ordene la aprehensión del presunto delincuente ó instruya el sumario respectivo, y si de las diligencias practicadas resulta que el delito es de los que se castigan á querrela de parte, terminadas aquéllas se dará participación al damnificado para que entonces entable su acción, lo que no pudo hacer antes porque no estaba aún determinado jurídicamente el delito, y por ende, la acción que correspondía.

El Código de Instrucción Criminal, dice en su artículo 188: «Todo juicio criminal empezará por acusación de parte ó del acusador público.

«La disposición anterior no excluye la formación del sumario para la comprobación del delito y sus autores por medio de los procedimientos públicos establecidos por la ley en los casos de hechos infraganti, ó mediante denuncia ó querrela con arreglo á lo prescrito en el título anterior».

De los términos en que está concebido el artículo, se desprende evidentemente que la acción se entabla después del sumario, ó sea en el plenario, que es el verdadero juicio criminal.

Supongamos que ocurre un hecho de sangre con caracteres delictuosos. ¿Qué debe hacer ante él la autoridad judicial? Si para poder configurar jurídicamente la naturaleza de la acción á efecto de que sea entablada por quien tenga derecho á ella, el Juez, sin tomar una intervención directa en el asunto se limita á preguntarse *in mente*, si el heridor tuvo intención de matar ó de herir simplemente, si causó lesiones leves, graves ó mortales, si se trata de un homicidio frustrado ó de lesiones personales leves, la respuesta que obtendrá no será otra que la duda, la que no podrá desvanecerse sino después de instruido el sumario.

Se podría objetar contra la tesis que sostengo, la posibilidad de procesar á un delincuente á quien su víctima, única persona con derecho de acusarla, le hubiera perdonado el delito.

Pero esta objeción que tiene su origen en la falibilidad humana, puede hacerse lo mismo con respecto á aquellos delitos en que interviene como acusador el Ministerio público.

Son frecuentes los casos en que después de averiguada la verdad por medio de los procedimientos sumariales, el Fiscal no acusa al procesado porque éste ha resultado inocente, y nadie tiene derecho de culpar á la justicia por su error. ¿Por qué? Precisamente porque ese inocente antes del sumario parecía culpable, y fué necesario que éste se practicara para constatar ó su culpabilidad ó su inocencia.

Si los hechos se presentaran siempre, á los efectos de la represión criminal, como delictuosos ó indiferentes, la intervención en ellos de los Jueces sumariales sería completamente inútil y no habría necesidad sino de juicios plenarios.

Esto no quiere decir que en todos los casos de comi-

sión de un delito sea necesaria la intervención inmediata del Juez instructor, á menos que mediara flagrancia ó cuasi flagrancia. Cuando evidentemente resulta desde los primeros momentos de ocurrido el hecho, que éste sólo pudo dar mérito á la acción privada, para instruir el sumario correspondiente, debe esperarse á la denuncia que formule el damnificado, cosa jurídicamente distinta de la acción ó acusación criminal; pero entiéndase bien: esto debe ser como excepción, porque la regla general es que la naturaleza de la acción no puede precisarse sino después de concluido el sumario, único medio legal de averiguarlo.

En esos casos la intervención directa del Juez debe quedar librada á su criterio, como queda librada al mismo la oportunidad de instruir ó no un sumario cuando desde el primer momento se ve que un hecho dado no reviste caracteres delictuosos.

N. DEL CASTILLO.

Sobre validez de disposiciones contenidas en los estatutos de una sociedad anónima

Es perfectamente lícita la obligación de los accionistas de una sociedad anónima de efectuar sus compras exclusivamente en el establecimiento social.

Es válida la cláusula relativa á la pérdida de las acciones é intereses que puedan corresponder al socio que falta á la obligación arriba indicada.

Es válido el pacto de que el socio infractor podrá apelar ante una Asamblea extraordinaria y que renuncia á la acción judicial, pudiendo sin embargo acudir siempre á la justicia á pesar de la cláusula contra las violaciones de los estatutos y de las leyes que pueda cometer la Asamblea.

Estas cuestiones interesantísimas han sido así resueltas por el doctor don Pablo De-Maria, en la notable consulta que publicamos respecto de la validez de las estipulaciones contenidas en el artículo 15 de los estatutos de la sociedad anónima «Barraca Cooperativa»:

I

Esas estipulaciones son:

1.ª La de que los accionistas contraen la obligación de efectuar sus compras exclusivamente en el establecimiento social, salvo el caso de que el Directorio ó el gerente los autorizara previamente por escrito para proceder en contrario.

2.ª La de que el socio que faltare á esa obligación perderá sus acciones y los intereses que puedan corresponderle, pasando unas y otros á beneficio de la sociedad.

3.ª La de que el socio infractor podrá apelar ante una asamblea extraordinaria que se convocará con ese fin, declarando desde luego que renuncia á toda acción judicial.

Me ocuparé separadamente de cada una de estas tres estipulaciones.

PRIMERA

Así como una persona puede lícitamente obligarse á no vender sino á otra determinada los productos de su establecimiento industrial ó comercial, así también puede una persona obligarse lícitamente á no comprar sino á otra determinada los productos que necesite para su industria ó tráfico.—Tales pactos limitan indudablemente la libertad de vender ó comprar, pero esto no es más que el efecto propio y natural de toda obligación, puesto que es un vínculo jurídico que limita la libertad de la persona que la contrae.—Solamente son ilícitos los contratos que tienen causa ó objeto prohibido por las leyes ó contrario al orden público ó á las buenas costumbres (Código de Comercio, artículos 198 y 209; Código Civil, artículos 1258, 1260 y 1262), y nada de esto ocurre en la estipulación de que se trata, puesto que no hay ley que la prohíba, ni se ve en qué pueda afectar al orden público ó las buenas costumbres.

Siendo como son, á un mismo tiempo, los accionistas, socios por una parte y compradores por la otra, la sociedad de que se trata tiene carácter de cooperativa (Thaller, «Droit Commercial», número 788). Este carácter nada tiene de ilícito; las legislaciones de los países más adelantados autorizan expresamente, y á veces hasta protegen y fomentan, las sociedades cooperativas, y si bien nuestro Código no hace lo mismo, no las prohíbe en manera alguna, ni tenía por qué prohibirlas.—No legislan sobre ellas, porque son organismos relativamente nuevos.

Ciertas asociaciones ó coaliciones (*pools*, *kartels* ó *trusts*) pueden tener fines que, á pesar de no constituir delitos, ni estar prohibidos expresamente por la ley, sean ilícitos.—Lo son si verdaderamente atacan lo que en derecho se llama el orden público. («I Sindacati industriali e la giurisprudenza», artículo de Ricca-Barberis, publicado en la «Rivista di Diritto Commerciale», de Vivante y Sraffa, parte 1.^a del volumen 1.^o de 1903, páginas 458 y siguientes).—¿Se halla en este caso la sociedad «Barraca Cooperativa»?—Creo que no.—Aunque se admita, como lo hacen Margheri y otros autores, contra la opinión de varios otros y contra lo resuelto en sentencia de los tribunales italianos, ⁽¹⁾ que las coaliciones son contrarias al orden público cuando crean un monopolio, impidiendo la libre concurrencia y haciendo imposible el comercio en el ramo de que se trate á los no coaligados, aún

(1) Puede verse la sentencia de la Corte de Casación de Nápoles citada por Manara (tomo 1.^o, número 181) así como las siguientes palabras de Beltrame Quattrocchi, citadas en el artículo de Ricca-Barberis á que he hecho referencia: «Il sindacato invero sopprime la concorrenza effettiva, attuale di un dato momento, ma non potrebbe in alcun modo, costituendo un monopolio meramente di fatto, sopprimere la libertà di concorrere, chiunque sia economicamente tanto forte da poter con esso competere, e sarà sempre padrone di farlo.—E egli è appunto questa libertà di concorrenza che fa sussistere ed agire uno dei freni più efficaci contro l'abuso del potere monopolistico: la concorrenza potenziale. L'ostacolo che il sindacato presenta è puramente di fatto, contingente, vario secondo i casi e relativo non assoluto; d'onde l'eventualità sempre probabile che sorga un rivale più potente, o per capitale raccolto, o per più economica combinazione dei fattori produttivi. Nell'atto che il sindacato elimina talvolta, schiaccia il concorrente che non assorbe, non possiamo vedere nulla di contrario alla libertà dell'industria, al principio della libera concorrenza».

«La legge garantendo á ciascuno la libertà dell'industria e del commercio, non ha davvero inteso di garantire l'esito, ma solo la possibilità giuridica della lotta; e detta possibilità non è tolta dal sindacato rispetto ai suoi rivali, più da quel che sia tolta in generale da una grande impresa rispetto ad una piccola».

asimismo, no puede decirse que la sociedad á que se refiere esta consulta sea contraria al orden público, puesto que tampoco puede decirse que haga imposible á los terceros el comercio en el ramo de barraca.

Dicha sociedad es anónima, y sin embargo los accionistas se obligan no solamente á integrar sus acciones, sino también á no comprar sino en el establecimiento social los materiales que necesiten.—¿Esta circunstancia puede hacer que el contrato no sea válido?—Opino que no.

El carácter distintivo de las sociedades anónimas, es el de que la obligación de los accionistas se limita á la integración de sus acciones, pero es en cuanto á las relaciones externas, es decir á la responsabilidad de los accionistas para con los acreedores sociales, y no en cuanto á las relaciones internas, no en cuanto á las responsabilidades de los accionistas entre sí ó para con la sociedad (Código de Comercio, artículos 409 y 410; Ullisse Manara, «Delle Società e delle Associazioni Commerciali», tomo 1.^o, número 192; Vidari «Corso di Diritto Commerciale», tomo 2.^o, número 1101).—Respecto de las relaciones internas, los accionistas pueden asumir válidamente otras obligaciones además de la limitada que tienen respecto de los acreedores sociales, ó sea además de la de integrar sus acciones (Manara, tomo citado, número 200). Lyon Caen y Renault (tomo 2.^o, número 679 ter) sostienen que puede haber sociedad anónima en la cual los accionistas responden ilimitadamente para con los acreedores sociales, pero no invoco ni tengo por qué invocar esa doctrina, repudiada generalmente por los tratadistas de derecho mercantil, por cuanto, en el caso en consulta, no se trata de una sociedad anónima en cuyos estatutos se haya pactado que los accionistas responderán ilimitadamente de las deudas de la misma.

SEGUNDA

Siendo como es válida la obligación asumida por los accionistas, de no efectuar sus compras sino en el establecimiento social, se ha podido válidamente pactar, para el caso de falta de cumplimiento de ella, una cláusula penal (Código de Comercio, artículo 284); y no es otra cosa que una cláusula penal la estipulación de que el accionista que sin la previa autorización del Directorio ó del gerente, haga compras en establecimiento distinto del social, perderá sus acciones y los intereses que puedan corresponderle. Ese accionista debe á la sociedad una indemnización de daños y perjuicios; y la cláusula penal es la compensación de ellos (Código de Comercio, artículos 215 y 288).

TERCERA

¿Es válido y eficaz el pacto de que el socio infractor podrá apelar ante una asamblea extraordinaria y que renuncia desde ahora á toda acción judicial?—Opino que lo es, pero solamente en parte.

Tratándose de una reclamación del accionista como tal accionista, contra toda una resolución del Directorio y por consiguiente de una cuestión interna de la sociedad, es lógico que los estatutos dispongan que debe resolverla la asamblea. Los estatutos deben determinar el modo de la administración (Código de Comercio, artículo 406), y por regla general, en toda sociedad se resuelven sus asuntos, dentro de ella misma, por el voto de la mayoría de los socios (artículos 420, 473 inciso 2.^o y 497 del mismo Código). El gobierno de la sociedad corres-

ponde naturalmente al Directorio y á la Asamblea, ejerciendo cada una de estas dos entidades, las funciones que los estatutos le acuerden.—Estos, en cuanto constituyan un contrato legalmente celebrado, son la ley para los accionistas y la sociedad (Código de Comercio, artículo 209).

Mientras no se trate de un verdadero arbitraje, es decir, de una contestación entre partes sometida á la decisión de terceros constituidos en jueces, no son aplicables las disposiciones del artículo 540 del Código de Procedimiento Civil, que exige que medie compromiso otorgado por escritura pública en el cual se indiquen los nombres de los otorgantes y de los árbitros y las cuestiones á resolver.

El abogado argentino doctor Francisco Medina, en su libro sobre las «Sociedades Cooperativas», hablando de la exclusión de los socios y de las facultades de las asambleas para decretarla, dice: «Los motivos en que debe fundarse la exclusión no me parece que deban ser materia de la ley; son los estatutos sociales los que los determinarán, y cualesquiera que ellos sean, la ley debe respetarlos, porque la estipulación que los contenga no afecta en manera alguna al orden público. Sin embargo, no falta quien sostenga que semejante estipulación equivale á una usurpación de las facultades que corresponden á la justicia, y una violación del principio que quiere que nadie sea juez en su propia causa». Cedemos la palabra á Vavasour, que levanta la observación de una manera concluyente: «Pero por mi parte, dice, yo no concibo lo que tiene de contrario al orden público una convención semejante: es, al contrario, un elemento moralizador introducido en la asociación. ¿Dónde está la necesidad de diferir exclusivamente á la jurisdicción ordinaria las cuestiones de dignidad y honor? No es el caso de aplicar la regla que exige, para la validez de los compromisos, la indicación del litigio y de los nombres de los árbitros; porque no se trata de un arbitraje que se confía á terceros que desempeñarán el rol de jueces. Son los interesados mismos que se constituyen en tribunal, y pues ningún texto legal lo impide, su voluntad debe ser respetada».

Pero, el poder legítimo de la Asamblea, como órgano gubernativo de la sociedad, no es ni puede ser absolutamente ilimitado.—Puede suceder que la Asamblea que conozca de la reclamación del socio según la cláusula estatutaria á que se refiere esta consulta, no haya sido constituida en debida forma, ó que su decisión esté viciada de nulidad por otra causa cualquiera.—En tal caso ¿no podrá el socio acudir á la vía judicial?—Creo que sí, y que no puede admitirse jurídicamente como válida y eficaz la renuncia anticipada á todo reclamo en dicha vía contra las violaciones de los estatutos y de las leyes, que pueda llegar á cometer la Asamblea (Argumento del artículo 417 del Código de Comercio; Caberlotto, «Della Società e delle Associazioni Commerciali», páginas 178, números 14 y 15).

PABLO DE-MARÍA.

JURISPRUDENCIA

La usurpación de una marca de fábrica registrada no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito de carácter civil.

Cuando se reclama el cumplimiento de obligaciones procedentes de hechos ilícitos ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil.—(TÍTULO I, LIBRO II DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y ARTÍCULO 1293 DEL CÓDIGO CIVIL).

Señor Juez Letrado de lo Civil:

J. P. B., por los señores. A. S. y C., en autos con la viuda de B. sobre reivindicación de propiedad artística y demás deducido, evacuando el traslado pendiente, á V. S. digo:

I

Que, para mí, es indiferente que este asunto se siga ante un Juez de Comercio ó ante un Juez de lo Civil. Si he entablado la demanda ante V. S., lo he hecho por considerar que, según nuestras leyes, se trata de un asunto del fuero común y no del comercial.

La jurisdicción no se determina por la calidad de las personas sino por la naturaleza de los actos que motivan el juicio (Malagarriga, «Código de Procedimientos comentado», tomo 2.º, págs. 40 y 41); (C. Ingaramo, «Repertorio di Masime di Giurisprudenza Commerciale», pág. 579, núm. 26). Si esos actos no son de comercio, la jurisdicción que debe conocer del asunto es la civil, por más que el demandante y el demandado sean comerciantes. Los Juzgados de Comercio no están instituidos para conocer de los pleitos en los cuales son comerciantes las personas que litigan, sino para conocer de las causas comerciales. (Código de Procedimiento Civil, artículo 99).

Y bien: el presente juicio no versa sobre causa comercial, porque no son comerciales las acciones en él deducidas, y por consiguiente no debe conocer de él la jurisdicción mercantil.

II

He entablado dos acciones, y una de ellas es la de reivindicación de una propiedad artística. Esa acción es la que se refiere á los actos anteriores al registro de la carátula del cuaderno como marca de fábrica, y evidentemente nada tiene de comercial. A nadie puede ocurrírsele que la acción que entabla un industrial, con motivo de haberle sido usurpada una propiedad artística de él, constituida por un dibujo de su invención, es comercial. Es sabido que toda cuestión sobre propiedad de un objeto cualquiera, entablada por un comerciante contra otro, no mediando entre ellos contrato alguno, es esencialmente civil. Así, pues, si un comerciante usurpa, por ejemplo, un cajón de mercaderías perteneciente á otro comerciante con el cual nunca ha tenido negocios, la acción que entable este último para recuperar dicho cajón de mercaderías, con la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes, nada tendrá de comercial.

No hay duda, pues, de que la acción deducida en este juicio relativamente á los actos de usurpación de propie-

dad artística, anteriores al registro de la marca de fábrica, ha podido perfectamente ser entablada, como lo ha sido, ante la jurisdicción civil.

III

La otra acción deducida es la que versa sobre la imitación de la marca de fábrica.—Es en el fondo una acción de dominio, por medio de la cual se reclama la propiedad de dicha marca, y comprende á la vez el reclamo de la indemnización de daños y perjuicios causados por la usurpación.—Como acción de dominio es indudablemente civil, y también lo es en cuanto al accesorio de los daños y perjuicios. Aun cuando la acción no versare sino sobre éste último, sería siempre civil, como paso á demostrarlo.

Las obligaciones nacen de los contratos, de los hechos lícitos (cuasi-contratos), de los hechos ilícitos (delitos ó cuasi-delitos) y de la ley. Al demandar á la viuda de B. por daños y perjuicios procedentes del uso que hace de la imitación de una marca ajena, la demandó por cumplimiento de una obligación que nace de un hecho ilícito, y como esta obligación no es comercial, puesto que los hechos ilícitos no son en general actos de comercio, según nuestras leyes, claro es, que he debido presentarme, como me he presentado, ante la jurisdicción civil. Si yo demandase sobre cumplimiento de una obligación procedente de la compra de una casa para revenderla ó alquilarla, el juicio versaría sobre un acto de comercio, pues sería aplicable el inciso 1.º del artículo 7.º del Código Mercantil;—del mismo modo, si yo demandase sobre algún contrato de empresa de fábrica, comisión, depósito ó transporte, el juicio versaría también sobre un acto de comercio, pues sería aplicable el inciso 4.º del citado artículo.—Si yo demandase, en fin, sobre cumplimiento de cualquier obligación procedente de algún tratado ó contrato de carácter mercantil, habido entre mí poderdante y la señora viuda de B., la jurisdicción mercantil sería la llamada á conocer del asunto; pero la demanda que he instaurado no se funda en convención ni negociación alguna, hecha entre mí poderdante y aquella señora; se funda en un simple hecho ilícito, en un hecho que no puede caber dentro de la enumeración de actos de comercio que hace el artículo 7.º del Código Mercantil, y, por consiguiente, no hay base para decidir que he debido presentarme ante el Juzgado de Comercio. En Francia é Italia han podido muchos autores modernos opinar que los delitos y cuasi-delitos pueden á veces ser actos de comercio, y dar lugar á que sea la jurisdicción mercantil la que deba conocer de los juicios que con motivo de esos mismos delitos ó cuasi-delitos se promueven; pero si han podido opinar así, ha sido sin duda fundándose en el texto de las leyes francesas é italianas, que no es idéntico al de las nuestras.

Por lo demás, los Tribunales italianos han declarado repetidas veces que «no es de la competencia comercial la acción de resarcimiento de daños cuando el hecho dañoso, aun cuando cometido por el dañado en el ejercicio de su comercio, no ha tenido lugar con ocasión de relaciones comerciales y contractuales habidas entre el mismo dañado y el dañado. En tal caso, la acción no nace del acto comercial. Es una acción *in factum*, que pertenece á la jurisdicción civil ordinaria». (Ingaramo, obra citada, página 579, núm. 27).

«Los delitos y cuasi-delitos, dice Segovia» (Proyecto de Código de Comercio, nota al artículo 4.º, núm. 30), «nunca son actos de comercio (véase el núm. 36 de Par-

«dessus). La única excepción parece ser el caso de abor-daje (Bedarride, núms. 187 y siguientes). Comparar con «Namur, núm. 105.—Alauzet (núm. 2956) pretende que «esta regla debe igualmente recibir excepción cuando el «hecho que sirve de fundamento á la acción, producido «con ocasión del comercio á que se dedica el demanda-do, se relaciona con el ejercicio de ese mismo comercio «y tiene por objeto llevarlo adelante. No acepto esta «excepción; ella tiene probablemente por base una con-fusión padecida por el autor (véase su núm. 69), entre «el cuasi-delito y la simple omisión en el cumplimiento «de las obligaciones de un contrato ó de un cuasi-con-trato; este es un error que está rechazado por el artículo 1107 del Código Civil argentino».

Los autores que han escrito con posterioridad á la sanción de nuestro Código de Comercio, no han podido ser los que inspiraron con sus doctrinas á nuestros legisladores. Estos se inspiraron indudablemente, al dictar aquel Código, en las doctrinas de los autores que entonces eran conocidos y estaban en boga, y uno de aquéllos era, como es sabido, Pardessus, el cual decía («Cours de Droit Commercial», tomo 1.º, N.º 53) que los delitos cometidos por un comerciante en daño de otro, no constituyen obligaciones comerciales.

Los Tribunales argentinos, aplicando leyes iguales á las nuestras, han declarado que las consecuencias de un acto ilícito no son justiciables ante el Tribunal de Comercio (Malagarriga, tomo 1, pág. 50). La ley de marcas de fábrica y de comercio es indudablemente una *ley comercial* en el sentido de que las marcas están instituidas para el uso y la protección del comercio; pero esto no quiere decir que el hecho de imitar ó usurpar un comerciante una marca ajena, sea un acto de comercio, ni que los juicios que se sigan sobre la propiedad de una marca ó sobre los daños y perjuicios causados por el indebido uso de ella, sean juicios comerciales. Una fábrica, es cosa comercial, como lo es una marca; pero si un comerciante ha sido despojado de la posesión de una fábrica por un tercero también comerciante, y entabla juicio de reivindicación contra ese tercero, el juicio será civil y no comercial. Nada hay más comercial que los papeles de comercio y los buques; y sin embargo, los Tribunales argentinos, aplicando como antes lo he hecho notar, leyes iguales á las nuestras, han declarado que: «la acción de daños y perjuicios precedentes del embargo indevido de un buque, corresponde á la jurisdicción ordinaria civil»; y que «la reivindicación de títulos ó papeles de comercio, aún entre comerciantes, es de jurisdicción civil» (Malagarriga, tomo 2, págs. 42, 43 y 47).

El conde de Cavour, fundando ante el Parlamento subalpino la disposición legal (vigente hasta hoy en Italia), de que los juicios sobre usurpación ó imitación de marcas de fábrica debían seguirse ante la jurisdicción civil y no ante la comercial, decía: «Hemos preferido la jurisdicción de los Tribunales civiles á la de los comerciales, porque nos ha parecido que una acción civil por imitación de una marca, por ejemplo, y todas las otras acciones semejantes á ésta, deben ser consideradas como originadas por cuestiones de propiedad ó de ejercicio de un derecho exclusivo, lo cual es, por decirlo así, ajeno al orden de los hechos cuya naturaleza es netamente comercial.—En efecto: si un comerciante, un fabricante ó un propietario de una raza de animales, demandan en juicio á un individuo que les ha usurpado su respectiva marca, ó bien si surge cuestión sobre el uso de un signo que una persona puede, por ejemplo, reputar semejante á otro ya usado por ella, ¿cuál es la incumbencia del Juez llama-

do á resolver la controversia? Es la de averiguar si en el hecho de que se trata, existe la imitación ó semejanza de que se queja el actor, y la de indagar si el demandado ha incurrido en culpa por el hecho que se le imputa, para aplicarle la condenación que merece. Ahora bien: ninguna de estas averiguaciones es de índole comercial. (Citado por Manara, «Actos de Comercio», págs. 403 y 404).

En Italia y Francia, como en todas partes, las leyes de marca de fábrica y de comercio son comerciales en cuanto tienen por principal objeto la protección del comercio; pero la prueba de que no basta esto para que los actos de imitación ó usurpación de marcas sean actos de comercio, está en el hecho de que en aquellos mismos países (Italia y Francia) los juicios sobre imitación ó usurpación de marcas corresponden, según leyes expresas, á la jurisdicción civil y no á la comercial. (Ley francesa sobre marcas de fábrica, del 23 de junio de 1875, artículo 16; ley italiana del 30 de agosto de 1868, artículo 11).

Como complemento de lo que más arriba dejo dicho, creo útil recordar las siguientes resoluciones de los Tribunales italianos, citadas por Lugaramo, págs. 578 y 579: «La obligación que nace del cuasi-delito del comerciante en el ejercicio de su comercio, asume el carácter de comercial y como tal, queda sujeta á la jurisdicción comercial, siempre que se relacione con un acto de comercio celebrado entre el comerciante autor del daño y el dañado. Pero, cuando al contrario, no media por una parte más que el cuasi-delito, cometido por el comerciante en el ejercicio, sí, de su comercio, PERO SIN NINGUNA RELACIÓN CONTRACTUAL con el ofendido, y por la otra parte, el daño sufrido por un tercero, la acción de indemnización es necesariamente de competencia civil». (Sentencias de la Corte de Turín, 5 de marzo y 19 de diciembre de 1884. En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Brescia, 23 de diciembre de 1885; de la Corte de Nápoles, 12 de febrero de 1886; de la Corte de Roma, 27 de julio de 1886, y de la Corte de Génova, 11 de marzo de 1887, etc.).

La cita del principio legal de que «los actos de los comerciantes se presumen siempre comerciales, salvo la prueba en contrario» (Código de Comercio, artículos 5.º y 13) es contraproducente, puesto que de ella resulta que la presunción de comercialidad que los actos de comerciantes llevan en sí, no es absoluta, sino simple, admitiendo como admite, prueba en contrario; y desde que en el caso *sub judice* esa prueba en contrario existe, claro es que carece de aplicación la referida presunción de comercialidad.

¿Cuál es la prueba en contrario que existe? La mejor, la más directa y perentoria que puede existir, ó sea LA QUE RESULTA DE LOS PROPIOS TÉRMINOS Y FUNDAMENTOS DE MI DEMANDA.

En lo relativo á la marca de fábrica, yo he demandado principalmente sobre propiedad de ella y accesorariamente sobre cumplimiento de una obligación de resarcir daños y perjuicios, INVOCANDO COMO CAUSA EFICIENTE DE ESA OBLIGACIÓN, UN HECHO ILÍCITO QUE IMPUTO Á LA DEMANDADA.

Esa obligación, dada su causa eficiente, es de naturaleza civil y no comercial. Pero, ¿existe esa obligación? La averiguación y decisión de si existe ó no, es materia del fondo del pleito. Para averiguar y decidir si existe ó no la obligación civil cuyo cumplimiento demandó, debe seguirse el juicio, y un juicio seguido con tal objeto, con el objeto de averiguar y decidir si el demandado tiene ó no la obligación civil que se le atribuye, ¿qué es sino un juicio civil?

Para determinar CUÁL ES LA ACCIÓN ENTABLADA, ó sea si ella es real ó personal, civil ó mercantil, etc., no hay que atender sino al objeto y la causa de ella, tales como los alega el actor ó como dicen la jurisprudencia italiana y española, á la RES PETITA y la CAUSA PETENDI. (Galdi, tomo I, páginas 290 y 291: Robles Pozo «Derecho Procesal de España», tomo I, páginas 383 y 384).

Ahora bien: el objeto y la causa de la acción deducida en cuanto á la imitación de marca de fábrica, demuestra acabadamente que lo que he entablado no es otra cosa que una acción civil, y por lo tanto no puede dudarse de que es la jurisdicción civil la que debe conocer del asunto. El pleito versa sobre la acción tal como la ha fundado el demandante; sobre esa acción es que debe versar la discusión y recaer el fallo definitivo (Código de Procedimiento Civil, artículo 462); y desde que esa acción es en el presente caso civil por su naturaleza, puesto que se funda en el derecho de propiedad de una marca y en el hecho ilícito que el actor imputa al demandado, claro es que se trata de un juicio que nada tiene de comercial.

Supongamos que un comerciante demanda á otro por cobro de cien pesos, alegando que el demandado se los debe en virtud de la venta que le hizo de unas varas de terreno. La venta existirá ó no: el demandado deberá ó no deberá los cien pesos (cosa que naturalmente al fallarse el juicio en definitiva podrá ser decidida); pero ¿qué duda podrá haber de que la acción deducida es civil? ¿Qué duda podrá haber de que la presunción de comercialidad que llevan en sí los actos de los comerciantes, está destruida por la mejor y la más directa de las pruebas, ó sea por la que resulta de los propios términos y fundamentos de la demanda?

Otro ejemplo: un albañil demanda civilmente á un comerciante por cobro de reparaciones que afirma haberle hecho en su casa particular.

¿Podrá invocarse en tal caso la presunción del artículo 5.º del Código de Comercio, para sostener que la acción del albañil ha debido ser deducida ante la jurisdicción comercial?

En Francia, en Italia, en la República Argentina, en fin, en todas partes del mundo, rige la misma presunción legal simple que establece el artículo que acabo de citar de nuestro Código de Comercio. Sin embargo, en todos esos países se considera y se resuelve que la referida presunción queda destruida siempre que de los términos y fundamentos de la demanda resulte que la acción deducida es por su naturaleza civil y no comercial.

Me permito llamar muy especialmente la atención de V. S. sobre la sentencia de los Tribunales franceses que figura en Dalloz «Recueil Periodique», año 1870, parte II, páginas 173 y 174.

En el escrito en traslado se dice que en mi demanda he hablado de ventas de mercaderías, y se alega que esas ventas son actos de comercio. Respondo: esas ventas, celebradas con terceros y no entre la demandada y mis poderdantes,—son indudablemente actos de comercio, pero esto es indiferente, puesto que EL PLEITO NO RECAE DIRECTAMENTE SOBRE ELLAS, como recaería si se demandase el cumplimiento de las mismas, es decir, si la acción entablada fuera la de vendedor contra comprador por pago del precio, ó la de comprador contra vendedor por entrega de las cosas vendidas.

Se dice también en el escrito en traslado, que si este juicio no fuese comercial, la demanda estaría mal entablada contra la mujer, y debería serlo contra el marido. Lo niego, por cuanto, cuando es la mujer la que ha prac-

ticado el hecho ilícito que da causa al pleito, puede ser directamente demandada y condenada, litigando como litiga en estos autos, ó sea por sí misma, con la venia del marido (Código Civil, artículo 1940, inciso 2.º; Código de Procedimientos, artículo 109).

IV

No es esta la primera vez que el Juzgado de V. S. conoce de asuntos de la índole del presente. Recuerdo que ha conocido en dos en que intervino el mismo abogado que me defiende: el seguido por R. contra E., sobre imitación de la marca de fábrica del Xerez Quina, y el seguido por T. contra B. y G., sobre imitación de la marca cañón.

En el primero de los dos pleitos referidos se sostuvo por el demandado que el Juez competente era el de Comercio y no el de lo Civil; pero su pretensión fué desestimada por dos sentencias conformes. La primera de ellas, dictada por el doctor Miguel V. Martínez en 29 de abril de 1902, decía: «Considerando: que el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, por el cual se establece la jurisdicción en materia mercantil, se refiere única y exclusivamente á las causas comerciales, entre las cuales no está comprendida la presente, que se basa en el daño causado por el hecho ilícito de una persona que, aunque tenga el carácter de comerciante, no está vinculada por ninguna relación de contrato con el demandante;—Considerando: que la acción interpuesta no está comprendida en ninguno de los casos que la ley reputa actos de comercio en general (artículo 7.º del Código de Comercio), correspondiendo por consiguiente á la jurisdicción civil...».

La sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal de Apelaciones de 2.º turno y confirmatoria de la anterior, decía:

«Considerando: que en el presente caso se trata de una acción civil y no comercial; luego, que ella no versa sobre cumplimiento de un contrato, sino sobre la indemnización de perjuicios procedentes de un hecho ilícito;

«Considerando, en consecuencia: que no está ella comprendida en el artículo 7.º del Código de Comercio, ni en el 99 del de Procedimiento civil...».

V

Si V. S. se declarase incompetente, (cosa que, por cierto, no puedo esperar) no por eso podría mandarse que ocurriese yo ante el Juzgado de Comercio á entablar de nuevo la demanda. Lo que correspondería en tal caso sería mandar que pasasen estos autos á aquel Juzgado para ser continuados ante él. Así resulta del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, que manda que declarado incompetente un Juez, debe el que resulte competente decidir sobre las demás excepciones dilatorias que se hayan deducido, lo que presupone que deben pasarse los autos al Juez competente. Resulta lo mismo del artículo 765 del Código citado (aplicable por analogía, de acuerdo con el artículo 16 del Código Civil en el caso presente), que dice que la sentencia sobre la competencia se ejecuta pasándose el expediente al Juez competente. En los casos de los artículos 25 y 251 del Código de Procedimiento Civil, se manda que el interesado ocurra ante quien corresponda; pero es sabido que el interesado puede pedir y debe decretarse, de acuerdo con la regla que surge de los artículos 250, 750 y 765, que á fin de ocurrir ante el Juez competente, se pasen los autos á ese mismo Juez.

Por lo expuesto:

A V. S. pido que se sirva desestimar con costas las excepciones dilatorias deducidas en el escrito en traslado, y mandar que la parte demandada conteste directamente á la demanda dentro del término legal.

P. DE-MARIA,
Abogado.

J. P. B.

Visto en primera instancia este incidente sobre declinatoria de jurisdicción, producido en el juicio seguido por los señores A. L. y C.ª, contra la señora viuda de don F. B. sobre indemnización de daños y perjuicios,—

Resultando: que la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta, se funda en el supuesto de corresponder el conocimiento del asunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, á la jurisdicción comercial, por ser comerciantes, tanto los actores como la persona contra la cual dirigen su acción, y de existir la presunción legal de que los actos de los comerciantes son siempre actos de comercio, presunción que impera, dado lo preceptuado en el artículo del Código de Comercio, mientras no se pruebe lo contrario (escrito de f. 43);

Resultando: que la demanda entablada se basa en esencia en el supuesto de haber incurrido la demandada en la comisión de determinados hechos ilícitos, constitutivos unos de delito y otros de cuasi-delito, por haber usado indebidamente en su provecho una propiedad artística consistente en el dibujo de las carátulas de ciertos cuadernos, antes y después de haber sido registrada en la oficina respectiva la marca correspondiente, invocándose como fundamento legal de la misma lo preceptuado en los artículos 440 inciso 5 y 1293 del Código Civil y 5 y 36 del decreto-ley de fecha 1.º de marzo de 1877 sobre registro de marcas de fábricas y de comercio (escrito de f. 239);

Considerando: que para determinar la jurisdicción, en razón de la materia, hay que atenderse á la naturaleza de las acciones que se promueven, y que por consiguiente reclamándose como se reclama, en el caso ocurente, el cumplimiento de supuestas obligaciones procedentes de hechos ilícitos ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil y no á la comercial, desde que tales obligaciones son por su naturaleza esencialmente civiles, como implícitamente lo han declarado nuestros legisladores, al establecer en el Código de Comercio—dada la forma en que está redactado el encabezamiento del Título I, Libro II,—que los contratos son la fuente de las obligaciones comerciales en general; prescindiendo en consecuencia de fijar reglas, como lo ha hecho en el Código Civil, para determinar los caracteres y la extensión de las obligaciones provenientes de delito y de cuasi-delito;

En mérito, además, de las fundadas consideraciones expuestas en el escrito de f. 45 y atento á lo preceptuado en el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil,—

Desestímase sin especial condenación en costas la excepción de la referencia, declarándose en consecuencia que este Juzgado es competente para entender en el asunto y ordenando que la parte demandada evacúe dentro del término legal el traslado que se le ha conferido por el auto de f. 37 vta.

Montevideo, julio 4 de 1905.

Pérez.

Señor Juez de lo Civil:

Que notificada mi parte de la sentencia interlocutoria dictada por V. S. por la que se declara competente para entender en este juicio, considerando esa resolución gravosa al derecho de su parte, viene en tiempo á interponer recurso de apelación, que se servirá V. S. conceder sólo en relación para ante el Superior Tribunal en turno.

Como fundamento de la resolución de que recurro, cita V. S. el Libro II, Título I, del Código de Comercio y lo alegado por el contrario en su escrito de f. 45.

El Título I del Libro II no resuelve la cuestión como la resuelven con precisión las disposiciones dictadas en el escrito de f. 43.

El Código de Comercio en el título citado (artículo 19) establece que las prescripciones del derecho civil sobre la capacidad de los contrayentes, requisito de los contratos, excepciones que impiden su ejecución, son aplicables á los contratos comerciales, con las modificaciones y restricciones establecidas en ese Código; pero en todo ese título no se encuentra una disposición que determine la jurisdicción civil en el caso que nos ocupa.

Toda cuestión que derive de marca de comercio, tiene necesariamente que ser comercial, ó criminal si se trata de falsificación.

La ley vigente de marzo 1.º de 1877—posterior á la promulgación del Código de Comercio—dice así: «Deseando el Gobierno, en cuanto le sea posible, uniformar la legislación comercial de la República»; es, pues, evidente que la ley de marcas es comercial, y si se inicia una acción en que se invoque esa ley, debe ocurrirse á la jurisdicción comercial ó criminal.

En el escrito de f. 43 se citan las disposiciones que bastan para determinar la jurisdicción criminal, y tan es así, que el ilustrado y distinguido jurista consulto que dirige la parte contraria, en el escrito en que evacuó el traslado de f. 52 reconoce la posibilidad y dice: que en caso de declararse incompetente, «no por eso podría mandarse que ocurriese ante el Juzgado de Comercio á entablar de nuevo la demanda. Lo que correspondería en tal caso, sería mandar que se pasasen estos autos á aquel Juzgado para ser continuados ante él».

Por otra parte, V. S. resuelve la excepción de incompetencia y manda contestar derechamente la demanda, cuando si se tratara de juicio civil quedaría por resolver la segunda excepción de defecto legal en el modo de preparar la demanda.

Por lo expuesto:

A V. S. pido, que teniéndome por presentado con la escritura de poder y por interpuesto en tiempo el recurso de apelación, se sirva tenerme por parte y conceder la alzada para ante el Superior. Es justicia, etc.

Otrosí digo: que necesitando para otros usos la escritura de sustitución con que acreditó mi personería, ruego á V. S. se sirva disponer se me devuelva dejándose testimonio en autos. Es también justicia.

Montevideo, julio 13 de 1908.

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Que la sentencia interlocutoria de fojas 59 á 60 vuelta, es perfectamente arreglada á derecho, y por lo tanto, debe ser confirmada, si se otorga la apelación que, sin acompañarla del recurso de reposición, ha deducido mi contraparte en el escrito en traslado.

El argumento que aduce mi contraparte es el de que el decreto-ley de 1.º de marzo de 1877 dice: «Deseando el Gobierno en cuanto sea posible, uniformar la legislación comercial de la República en armonía con la de otros países».—Este argumento carece de toda fuerza y está victoriosamente refutado por medio de las incontestadas é incontestables consideraciones aducidas por mí á fs. 47, 48 y 49 vta.—Las doy por reproducidas.

El hecho de que el citado decreto-ley diga, como dice (no dictando siquiera un precepto, en su parte dispositiva, sino hablando, como de paso, en su preámbulo), que su objeto es el de uniformar nuestra legislación comercial en armonía con la de otros países, significa algo que nadie niega ni puede negar, algo bien sabido, de cajón, y que yo he reconocido á f. 97 vta., ó sea que la ley de marcas de fábrica y de comercio, es una ley comercial, en el sentido de que las marcas están instituidas para el uso y la protección del comercio; pero no significa, en manera alguna, que la usurpación de marcas de fábrica sea *acto de comercio*, ni que las acciones tendientes á reivindicar esas marcas y á cobrar los daños y perjuicios causados por su usurpación (acciones evidentemente civiles por su naturaleza), sean de la competencia de los Jueces de comercio. El decreto-ley de 1877 no dice ni da á entender la *originalidad* de que tales acciones son comerciales, y nadie tiene el derecho de hacerle decir lo que no dice, ni de ponerlo en pugna con los principios fundamentales del derecho.—El objeto del citado decreto-ley fué el de armonizar nuestra legislación con las de los demás países; tomó como modelo la ley francesa, según se ve comparando el texto de ésta con el de él; y si hubiese querido establecer el principio *contrario* al que la ley francesa establece, si hubiese querido establecer el principio de que las acciones reivindicatorias de marcas de fábrica son comerciales, produciendo así una desarmonía en vez de la armonía buscada, é introduciendo una radical innovación en la materia, lo habría expresado categóricamente en alguna de sus disposiciones.

Si se decidiese que porque nuestra ley de marcas de fábrica se llama á sí misma en su preámbulo, sin entrar en más explicaciones, legislación comercial (toda acción relativa á marcas de fábrica es comercial), habría que decidir que las acciones tendientes á la aplicación de las penas establecidas en el artículo 29 de la citada ley son comerciales y deben de entablar ante la jurisdicción comercial. Decidir tal cosa sería un absurdo; y una doctrina que á ese absurdo induce, lógica é inevitablemente, no puede ser verdadera.

Las acciones son comerciales, civiles ó penales, según su propia naturaleza; así como puede haber acciones penales relativas á marcas de fábrica, puede haber también acciones relativas á lo mismo, y desde que el decreto-ley de 1877 nada dice sobre la calidad de las diversas acciones que pueden entablar en materia de marcas de fábrica, ni sobre la jurisdicción ó competencia para conocer de ellas, es claro que debe estarse á lo que resulta de los principios generales de derecho.

Según esos principios, toda acción reivindicatoria es civil, porque tiene por objeto el reconocimiento de la propiedad. «Derecho civil por excelencia» (Vidari, tomo 3.º, núm. 1784), y desde que la acción sobre usurpación de marcas de fábrica es en el fondo reivindicatoria, como resulta de las palabras del Conde de Cavour, que he citado á f. 98, claro es que debe conocer de ella la jurisdicción civil.

Los vales á la orden son esencialmente comerciales; es

la legislación comercial la única que se ocupa de ellos. Sin embargo, ¿qué duda cabe de que la reivindicación de un vale á la orden es civil?, como lo ha decidido con todo acierto la jurisprudencia argentina. (Pueden verse las respectivas sentencias en la colección de fallos de las Cámaras de Apelaciones de la Capital, tomo 12, páginas 90 y siguientes. Esa colección se encuentra en la Biblioteca de nuestra Facultad de Derecho).

Ultimamente se ha producido entre nosotros un caso de reivindicación de valores de Bolsa, títulos al portador evidentemente comerciales. Los demandantes (E. P. y R. M.) entablaron el pleito ante el Juzgado de Comercio de 2.º turno, pero el demandado (el Banco Popular del Uruguay) declinó de jurisdicción, sosteniendo que el asunto era civil. Así se resolvió por dos sentencias conformes, dictada la primera, por el referido Juzgado y la segunda por el Tribunal de Apelaciones de 2.º turno.

Solamente en un caso la jurisdicción mercantil concede acciones reivindicatorias: en el caso de quiebra, pero esto así, por excepción, por tratarse de juicio universal y con arreglo al principio de que lo accesorio sigue á lo principal.

En el caso presente, la propiedad artística que invocan mis poderdantes es lo principal, la marca de fábrica es simplemente un accesorio, una garantía de la inviolabilidad de esa propiedad artística, y desde que según lo he demostrado á f. 46 vta., la acción relativa á la propiedad artística es indiscutiblemente civil, siendo así que nada tiene que ver con la ley de marcas de fábrica, claro es que con arreglo al principio de que lo accesorio sigue á lo principal, la jurisdicción civil sería la que tendría forzosamente que conocer de este juicio aún cuando hubiese duda, (cosa que no sucede) sobre si la acción relativa á la marca de fábrica, es ó no comercial, aisladamente considerada.

No se puede romper la continuidad de la causa, no se puede mandar que la acción principal se siga ante una jurisdicción y la accesorial ante otra. Eso no haría sino duplicar las tramitaciones y los gastos, con perjuicio de las dos partes litigantes y también de la causa pública.

Por lo demás, no hay entre nosotros la razón que hay en otros países para establecer una línea divisoria absoluta entre lo civil y lo comercial, porque entre nosotros, tan letrados son los Jueces de lo civil, como los de comercio. Por consiguiente, sólo en caso de resultar muy claramente que se trata de un asunto comercial, puede hacerse lugar á la declinación de jurisdicción, cuando el juicio se ha entablado ante lo civil.

En el caso *sub judice*, lo que resulta claramente, según lo he demostrado en mi escrito de f. 45, cuyos argumentos no han sido en manera alguna refutados, y según lo ha hecho ver V. E. en su bien fundada sentencia, es que se trata de un asunto esencialmente civil en todas sus partes.

J. P. B.

PABLO DE-MARÍA,

Abogado.

Vistos en relación estos autos del juicio seguido por A. S. y C.ª, contra la viuda de P. B. sobre usurpación de marca y daños y perjuicios, para resolver en segunda instancia el incidente de la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, opuesta por la demanda y desestimada por el señor Juez de primera instancia, el de lo Civil de 1.º turno en la interlocutoria de f. 59,—

Resultando: que la demanda de los señores A. S. y C.ª se dirige á obtener la declaración de que la señora viuda de B. ha usurpado una marca de fábrica registrada y de propiedad de los actores, y hecho un uso indebido de ella, y la reparación de los daños y perjuicios sufridos por tales motivos; y

Considerando: que el litigio promovido no reúne caracteres esenciales propios de los debates comerciales entre comerciantes y por actos de comercio mediados y concertados entre ellos;

Que la usurpación de una marca de fábrica no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito ajeno á la actividad normal del comercio y de la industria, y cuyo juzgamiento corresponde por consiguiente á la justicia civil ordinaria y no á la especial del comercio, instituida para decidir por procedimientos generalmente abreviados y rápidos en las diferencias surgidas entre personas del comercio ó las que contratan con comerciantes;

Que la razón peculiar de la celeridad en la decisión de los litigios derivados de actos y accidentes de la vida comercial, no tiene aplicación en el caso de la demanda promovida en estos autos, en los que no se procura una decisión judicial para subsanar un entorpecimiento de la actividad comercial ó industrial, ni tampoco para dirimir una diferencia nacida de un *contrato*, fuente principal de la *relación* comercial, sino como un castigo para el responsable de un acto desleal é indebido que lesiona el derecho de propiedad exclusivo de otro;

Considerando: que no pudiendo ser incluida la demanda, tal como ha sido formulada, en las distintas clasificaciones de los actos del comercio que el Código respectivo abarca y define, debe regirse el caso por la ley general ordinaria civil y no por la comercial, que es de excepción;

Que también es de procederse así, porque en los casos de duda como el discutido en este incidente, en que los Jueces tienen que decidir dirimiendo un verdadero conflicto sobre competencia, su decisión debe encuadrarse preferentemente dentro de la ley general común, porque es la que consulta mejor los intereses de todos y la menos expuesta á dañar legítimos derechos;

Que puesto que la ley comercial ha preferido un criterio empírico para definir y clasificar los actos del comercio, los que indiscutiblemente no pueden ser incluidos en esas definiciones y clasificaciones, y los que motivan la presente demanda se encuentran en esas condiciones —deben ser considerados como actos comunes de la vida social; porque como acertadamente dice el tratadista italiano César Vivante en su obra de Derecho Comercial: «En la solución de estos problemas, por causa de los cuales se han derramado ríos de tinta sin alcanzar á una idea sencilla y clara, es mejor para la seguridad del derecho, suprema necesidad del orden social, no apartarse del empirismo legislativo». —(Ob. cit., 2.ª ed., I, pág. 82);

Considerando: que á la jurisprudencia invocada por el actor en defensa del fuero civil para la decisión del presente litigio, pueden agregarse á mayor abundamiento otras de la jurisprudencia argentina que atañen á cuestiones perfectamente similares como las siguientes: «Las consecuencias de un acto ilícito, no son justiciables ante el tribunal de comercio»; «Los tribunales de comercio son incompetentes para conocer en el pleito de daños y perjuicios causados por un acto ilícito, aunque sea comerciante el autor»; citados en la obra «El Código de Procedimientos interpretado por la Cámara de lo Comercial», del doctor J. J. Hall, tomo III, págs. 72 y 77.

Por los fundamentos expresados y los de la resolución

apelada, y visto el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,

Se confirma dicha resolución con costas.

Devuélvase.

Montero Pautier — Piñeyro —
Martínez.

Montevideo, agosto 4 de 1908.

Jurisprudencia administrativa

La misión del Poder Ejecutivo al intervenir en la constitución de las sociedades anónimas se concreta a comprobar que los Estatutos sometidos a su aprobación no atacan a los principios generales de derecho y que se ajustan a la legislación nacional, como también a asegurar que la Sociedad cuenta con un capital realizable suficiente para llenar los fines para que fué creada.

Fiscalía de Gobierno de 1.º Turno.

Excmo. Señor:

Los cargos contenidos en el escrito precedente y en el presentado anteriormente por varios socios de la «Cooperativa Comercial» no pueden dar lugar a ninguna intervención de V. E. en la expresada Sociedad, porque aquellos de dichos cargos que podrían motivar esa intervención, son completamente infundados, y los demás, aun cuando fueran ciertos, no es en la vía administrativa donde los interesados deben hacerlos valer. Sabe perfectamente V. E. que la misión del Poder Ejecutivo en la constitución de las sociedades anónimas, al darles existencia como personas jurídicas, no tiene más objeto que impedir que en el fin, ó en los medios que los Estatutos adopten para conseguirlos, se ataque en forma alguna el derecho ó la legislación nacional, así como también asegurar que la sociedad cuenta con un capital realizable, suficiente para dar comienzo á sus operaciones. Y bien, Excmo. Señor: *no se ha dicho ni podrá decirse que la institución de que se trata, siendo una sociedad cooperativa de consumos para los comerciantes minoristas, tenga un fin ilícito ó ilegal; lo único que se afirma es que hay en los estatutos sociales dos artículos, el 6.º y el 28, que contrarían al Código de Comercio, y se agrega luego, que la sociedad no tiene el capital fijado por el artículo 3.º de la ley de 2 de junio de 1893, por lo cual así como también porque no llena su fin según el mismo artículo 3.º, se le debe retirar la personería jurídica de que actualmente goza. Ninguna de esas afirmaciones es exacta, Excmo. Señor.* Desde luego, no es cierto que los mencionados artículos contraríen el Código de Comercio: no lo contrarían en forma alguna. El artículo 6.º dice tan sólo que la sociedad dará comienzo á sus operaciones una vez suscrito el 20 % del capital autorizado, é integrado el 25 % del suscrito, decretándose entonces por la Administración el funcionamiento de los negocios sucesivamente, y siempre que haya un número de accionistas suficiente en cada sección para su desenvolvimiento.

Como se ve, la primera parte de ese artículo no hace sino ajustarse exactamente al artículo 3.º de la ley de junio de 1893, y la segunda consagra la más elemental y

la más razonable de las reglas que deben regir el funcionamiento de toda sociedad comercial, desenvolver los negocios á medida que lo permitan los recursos disponibles.

Los peticionarios dicen en el último escrito que el artículo 6.º de los estatutos, al decir que el funcionamiento de los negocios se hará sucesivamente, se presta al fraude y á la falta de cumplimiento; pero aún suponiendo que así sea, el defecto no sería nunca de legalidad, sino de administración, y los defectos de esta última es á los socios y nada más que á los socios á quienes les corresponde corregirlos, sin que nunca esos vicios de administración puedan constituir una ilegalidad institucional que dé lugar á la denegación ó al retiro de la personería jurídica.

Tampoco es ilegal el artículo 28 por el cual se autoriza al Administrador para nombrar sustituto costeándolo de su peculio propio. Se dice que ese artículo viola los principios que rigen en materia comercial, en la que el Gerente ó el Administrador es elegido por sus condiciones personales y que no pueden nombrar sustituto y menos pagándolo el titular. *Pero esa es también otra afirmación inexacta, pues ocurre precisamente lo contrario de lo que los peticionantes pretenden.* El Administrador de una sociedad no es más ni menos que un mandatario de ésta, y el propio Código de Comercio establece en su artículo 320 que el mandatario puede nombrar sustituto cuando no se le ha prohibido expresamente, aunque con las mismas responsabilidades que la misma disposición establece y á las que en manera alguna se opone el artículo 28 que se cita. Más aún: la misma redacción de ese artículo demuestra, que el nombramiento de sustituto que puede hacer el Administrador, no constituye un medio de que éste se elimine de las funciones de tal, sino más bien de hacerse auxiliar en sus funciones, y por eso se dice que él será quien deberá pagarlos. Si, pues, por el nombramiento de sustituto el titular no cesa en sus cometidos, ni en sus responsabilidades, no puede haber absolutamente motivo alguno para sostener que el tal artículo es ilegal.

El cargo de la falta del capital requerido por derecho y consiguientemente el de no poder la sociedad llenar el fin para que fué creada, *es más infundado todavía.* El artículo 4.º de la ley de 1893 establece que el Poder Ejecutivo al conceder la personería jurídica señalará un término prudencial dentro del cual se habrá suscrito el 20 % del capital autorizado y se habrá integrado el 25 % del capital suscrito. De acuerdo con esas disposiciones, V. E. al reconocerle á «La Cooperativa Comercial» personería jurídica con fecha 30 de octubre de 1907, le señaló un término de 60 días para la constitución del capital en la forma antes expresada, declarando luego por la resolución de enero 15 de 1908 que el porcentaje á integrarse era sobre la base de 100,000 pesos á que ascendía el suscrito de las acciones iniciadoras.

Quiere decir, pues, que la sociedad debía tener integrado el 30 de diciembre 5,000 pesos, y en el testimonio autorizado por los escribanos Garza y Sienra que acompaña al escrito de contestación presentado por el señor D. G., se hace constar que al iniciarse las operaciones de la sociedad con fecha 1.º de enero último ésta contaba con un capital efectivo de 5,720 pesos según así resulta del Libro de Caja, folio 1, recibido por concepto de integración de acciones, de cuyo importe corresponde 5,370 pesos á las iniciadoras y 350 pesos á las ordinarias. Quiere decir, pues, Excmo. señor, que aún cuando no se explique cómo se habían empezado á emitir las acciones ordinarias, es indudable que estaba constituido dentro

del término el capital correspondiente perteneciente á las acciones iniciadoras. Es, por consecuencia, completamente inexacta la afirmación contraria hecha por los recurrentes, y es igualmente inexacto que la sociedad no pueda llenar el fin para que fué creada, de conformidad con el artículo de la precitada ley de 2 de junio de 1893.

Tales son, señor Ministro, de todas las cuestiones planteadas por los recurrentes, las únicas que pueden interesar á V. E., puesto que son también las únicas que podrían influir sobre la personería jurídica de la sociedad de que se trata, y tales son también las soluciones que á ellas deberá darse de acuerdo con los antecedentes y pruebas presentadas.

COMO SE HA VISTO, LEJOS DE HABERSE JUSTIFICADO QUE EXISTE UN MOTIVO LEGAL PARA EL RETIRO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA ACORDADA, SE HA COMPROBADO QUE NO HAY MOTIVO ALGUNO PARA TAL REVOCACIÓN.

Todo lo demás que se dice en el escrito en vista, si el señor D. G. les permite ó no á los socios que vean los libros de la sociedad, si les vende ó no mercaderías como les había prometido, si hace arreglos con los accionistas que adeudan cuotas y que no quieren pagar, ni continuar siendo socios, si ejecuta á otros que tampoco quieren pagar, si hay socios que han suscrito y firmado conformes por sorpresa, etc., etc., son cuestiones de administración interna completamente extrañas á la intervención de V. E., y del resorte exclusivo de los mismos socios que tienen en la ley y en la vía judicial los medios de hacer efectivos sus derechos, de responsabilizar al Administrador señor D. G. por las faltas que haya cometido, y hasta de sustituirlo si no les merece su confianza, pues que según el artículo 405 del Código de Comercio, todo administrador de sociedad anónima es sencillamente revocable. Y es del caso agregar que para ejecutar tales acciones que en nada comprometen la existencia de la sociedad ni rozan la legalidad institucional de ésta, no es necesario el requisito previo del retiro de la personería jurídica, pues ese requisito sólo lo impone el artículo 9.º de la ley para el caso de no haberse hecho en tiempo la integración ordenada. Lo dicho no impide tampoco que aún cuando esa integración se haya cumplido, puedan los accionistas disolver la sociedad de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º de la misma ley ya citada.

Por lo expuesto, este Ministerio opina que no procede el retiro de la personería jurídica que se solicita, y que V. E. debe declararlo así, sin perjuicio de que los interesados puedan hacer valer sus derechos contra la Administración de la sociedad y aun resolver sobre la disolución ó nó de ésta en la vía y forma que corresponda según las disposiciones respectivas del Código de Comercio y la ley de 2 de junio de 1893.—V. E. no obstante, resolverá lo que juzgue más acertado.

Montevideo, 22 de junio de 1908.

Luis Varela.

Señor Contador:

En cumplimiento de la resolución del Ministerio de Hacienda me constituí en la Administración de la sociedad «La Cooperativa Comercial», y habiéndome puesto de manifiesto por el señor Administrador don J. D. G. los libros de contabilidad que lleva la sociedad, procedí en consecuencia á su examen y verifica-

ción de acuerdo con lo dispuesto por dicha resolución. De la operación que practiqué resulta:

1.º Que con fecha 1.º de enero de 1908 ingresó á Caja según el libro respectivo la suma de pesos 5,720 por concepto de integración de acciones de las que corresponden á iniciadoras pesos 5,370 y á ordinarias pesos 350;

2.º Que de acuerdo con los asientos del «Diario» escriturados en los días 1.º, 2 y 16 de enero de 1908, se habían suscrito en los meses de noviembre y diciembre de 1907 y 1.º de enero citado, 202 acciones iniciadoras y 38 ordinarias de pesos 100 cada una, por un valor total de pesos 20,200 y pesos 3 800 respectivamente;

3.º Que tomando como capital autorizado para el funcionamiento de la Sociedad, en 1.º de enero, los pesos 100,000 representados por las llamadas acciones iniciadoras y á que se refiere la resolución del Poder Ejecutivo de 15 de enero del corriente año aprobando la aclaración de los estatutos que solicitó la Sociedad en la parte relacionada con el capital inicial de la misma, resulta que los pesos 20,200 de acciones iniciadoras suscritas representan más del 20 % de dicho capital autorizado, lo mismo que los pesos 5,370 por acciones integradas el 1.º de enero, exceden del 25 % del capital suscrito. A los efectos correspondientes acompaño copia certificada de la cuenta de enero asentada en el libro de Caja, así como también de los asientos del «Diario» que se menciona en el número 2 de este informe.

Ahora, en cuanto al total de acciones suscritas desde enero á julio inclusive del corriente año, él alcanza á 1,598 por un valor de pesos 159,800 que se distribuyen así:

Acciones iniciadoras.....	\$	29,500
» ordinarias A.....	»	1,100
» » B.....	»	79,600
» » C.....	»	16,400
» » D.....	»	200
» » E.....	»	33,000
Igual.....	\$	159,800

De cuyo capital sólo se ha realizado hasta el 6 de agosto corriente la suma de pesos 19,115 ó sea el 11.96 %.

Dejando así evacuado el informe ordenado, me es grato saludar al señor Contador atentamente.

Montevideo, agosto 12 de 1908.

E. Givogre.

Ministerio de Hacienda.

Montevideo, agosto 29 de 1908.

Vista la gestión iniciada por varios accionistas de la sociedad «Cooperativa Comercial», pidiendo el retiro de la personería jurídica que le fué concedida á dicha Sociedad,—

Considerando: que la misión del Poder Ejecutivo al intervenir en la constitución de las sociedades anónimas se concreta á constatar que los Estatutos sometidos á su aprobación no atacan los principios generales de derecho y que se ajustan á la legislación nacional, así como también á asegurar que la sociedad cuenta con un capital realizable suficiente para llenar los fines para que fué creada y que le permita dar comienzo á sus operaciones;

Considerando: que como se demuestra en la vista del señor Fiscal de Gobierno de 1.º turno, los Estatutos de la Sociedad «Cooperativa Comercial», que fueron examinados al acordarse la personería jurídica, no tienen ninguna disposición contraria á la legislación nacional;

Considerando: que de la inspección verificada por el señor Jefe de la Sección 6.ª de la Contaduría General en la contabilidad de la sociedad, resulta que los veinte mil doscientos pesos de acciones iniciadoras suscritas representan más del 20 % del capital autorizado, lo mismo que los cinco mil trescientos setenta pesos por acciones integradas el 1.º de enero de 1908 exceden del 25 % del capital suscrito, lo que importa el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2.º y 3.º de la ley de 31 de mayo de 1893 sobre liquidación de sociedades anónimas;

Considerando: que las demás cuestiones que puedan surgir entre los socios deben ser resueltas de acuerdo con lo determinado en los Estatutos, ó siendo simples cuestiones litigiosas es á la justicia ordinaria á quien corresponde sean sometidas,—

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal de Gobierno de 1.º turno, se resuelve: No ha lugar á lo solicitado, y ocurran los interesados ante quien corresponda.

WILLIMAN.

BLAS VIDAL (hijo).

Código de Procedimiento Civil (1)

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—INFORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁMARA.

(Continuación.)

SR. SALVANACH.—Después, señor senador, que yo haya concluido, podrá hacer sus observaciones.

(Continúa leyendo).

No es solamente, señor Presidente, estos bienes los que están exceptuados del embargo, sino otros muchos que se determinan en este inciso, posteriormente; por ejemplo, los libros relativos á la profesión liberal del deudor, las máquinas ó instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia ó arte... (Lee).

Consiguientemente se hacen las salvedades necesarias, pero no con ese absolutismo, señor Presidente: «no son embargables absolutamente los bienes y propiedades de uso personal del deudor».

¿Cómo no ha de ser embargable, señor Presidente, un individuo que se presenta con un lujo asiático ante la sociedad?

¿Cómo es posible que se estén muriendo de hambre los acreedores á título de que no se vaya á ocasionar

algún perjuicio al deudor, de que se le vaya á vejar esto y el otro?

A mi juicio no es vejatorio cuando se cobra un crédito...

SR. BAUZÁ.—¿Y cuando se rematan los bienes?

SR. SALVANACH.—Puedo estar equivocado, y declaro más, que sobre esta materia, como en todas las demás, yo respeto todas las opiniones.

Habría muchos que crean que deben hacerse esas salvedades, y mucho más á mi juicio si vamos á interesarlos y ocuparnos de salvar á un deudor pobre. También salvemos al deudor que no tiene sino una sola casita, por ejemplo, que la tiene alquilada por quince ó veinte pesos, y esos le son necesarios para alimentarse él y su familia.

Este es un principio que se sostiene por algunos.

Yo pregunto, señor Presidente, si sería también justo y equitativo decir: «No, señores; es preciso dejarle esos quince ó veinte pesos, porque si no, se muere de hambre».

A este tenor írfamos haciendo salvedades de tal magnitud y trascendencia, que dejaríamos á los acreedores sin poder cobrar sus créditos.

Es así, á la ligera, que manifesté mis opiniones, sin perjuicio—ya dije—de respetar las demás; y los que tengan razón en el resultado de esta discusión, no digo que lo probarán, porque muchas veces no es el resultado de la mayoría, sino de las opiniones diversas que cada uno tiene á su respecto.

Yo por mi parte, como es natural, las respeto mucho.

Por otra parte, señor Presidente, debo hacer constar también que este artículo trae otra modificación al Código vigente de Procedimientos y es, sobre que las propiedades públicas, sean nacionales ó fiscales, no pueden tampoco ser embargables.

Si me es permitido, señor Presidente, leeré este artículo 429 del Código Civil. Dice así... (Lo leyó).

Como se acaba de ver, son distintos los bienes nacionales de los bienes fiscales.

Sólo se permite embargar los bienes fiscales, no los nacionales.

Hoy por la disposición del Código se hace esta diferencia: no se permite embargar los bienes fiscales.

Pero, señor Presidente, yo no estoy en contra de la reforma, por las razones que voy á indicar.

Yo creo, señor Presidente, que el Fisco ó el Estado, por la especialidad en que se encuentra, debe también regirse por leyes especiales.

No es posible trabar la marcha regular del Estado embargándole sus bienes, como, por ejemplo, sucedería si pudieran ser embargadas las rentas con que cuenta para el pago de sus empleados.

Si pudieran—por ejemplo—embargarse los bienes fiscales, los campos, y hacerse imposible, absolutamente imposible una ley general sobre tierras fiscales, una ley general, señor Presidente, que puede ser útil para salvar al Estado de los inmensos compromisos que pesan sobre él, no se podría dar una solución definitiva y conveniente para el Estado y para los particulares.

Hay muchas personas pensadoras que consideran que uno de los motivos en que cifran la prosperidad y el porvenir del país, es el motivo de las tierras fiscales.

Si, pues, se permite el embargo de ellas, nos expone, señor Presidente, á caer en el inconveniente que acabo de dejar ligeramente apuntado.

Se dirá por esto, señor Presidente, que el Estado está libre de toda obligación de pago.

No, señor Presidente; cuando semejante doctrina se

(1) Véase el número anterior.

estableciera, sería necesario haber perdido completamente la confianza y el crédito del país, que pudiera declararse enteramente libre de pagar sus créditos.

No, señor Presidente: la doctrina moderna y que yo creo la más acertada, es que cuando el Estado debe, el Cuerpo Legislativo determine el modo y forma del pago de los créditos del Estado.

El Poder Judicial es el que dicta la sentencia mandando pagar al Estado.

El Poder Ejecutivo entonces debe dirigirse al Cuerpo Legislativo diciendo: «Señores: el Estado debe esta cantidad y pide recursos al Cuerpo Legislativo para poderla solventar».

Esta es la doctrina moderna, señor Presidente, á la cual rindo homenaje.

Yo creo que es el modo y la forma en que deben solventarse los créditos de la Nación, sin perjuicio de ésta y relativamente para todos los acreedores del Estado.

Es por eso que en este punto, señor Presidente, estoy de acuerdo con la reforma.

Sin embargo, desearía oír, y oír sin duda, la opinión de mis honorables colegas que se pronunciarán—si les parece bien—sobre este particular, y si no lo hacen, es porque profesan la misma doctrina.

SR. BAUZÁ—El señor senador por San José ha dividido su discurso en dos puntos. El primero, referente á la reforma del artículo que versa sobre embargo de bienes muebles, y el segundo en lo que hace á las cuestiones fiscales.

Sobre el primero, referente á la reforma del artículo, voy á pronunciar algunas palabras nacidas de una convicción hecha también de un estudio práctico de la cosa.

Si alguna de las disposiciones de la Asamblea del año 1880 tuvo éxito favorable y aplauso público, fué, señor Presidente, la que modificó el Código de Procedimiento Civil en el artículo 885, declarando sólo embargables los muebles de sala y antecala, siempre que la deuda proviniese del mueble ó del dueño de la casa.

Antes de dictarse esa resolución por la Honorable Asamblea Nacional, era de notoriedad pública, señor Presidente, hasta dónde llegaban los avances—y me ratifico en la palabra—los avances de algunos pleitistas, no solamente deseosos de poder cobrar aquello que pudiera pertenecerles, por deuda, sino, también, con el fin bien poco laudable de vejar á esta sociedad, y vejarla de una manera que trajo bien dolorosas consecuencias,—como también es de notoriedad pública y como se consideraba en el mensaje que el Superior Tribunal de Justicia pasó al Poder Ejecutivo en ocasión oportuna.

El señor senador por San José ha dicho, que hay un interés de moral social, en sancionar el artículo que propone como á nombre de la Comisión de Legislación, y digo como á nombre, porque, á renglón seguido nos agregu el señor senador, que hay disidencia en la Comisión de Legislación, con referencia á ese artículo.

SR. SALVAÑACH—Más todavía en favor de la opinión que está sosteniendo el señor senador.—Declaro que yo estoy en minoría y que la Comisión de Legislación piensa como el señor senador.

SR. BAUZÁ—Muy bien, señor senador.

La verdadera cuestión de moral social, á mi entender, señor Presidente, es la que indujo á los representantes de la anterior Legislatura á sancionar tal cual está ahora el artículo 885 del Código de Procedimientos.

Yo no soy de los que creen que las deudas no deben pagarse.—Muy al contrario; eso sería sostener una doctrina de todo punto contraproducente, absurda é inhumana.

Pero cuando se trata del cumplimiento de deudas, cuando hay condiciones privadas, nunca un compromiso á solventarse puede encerrar ó envolver un vejamen á las familias, y desde luego á la sociedad, desde que las familias componen esa sociedad misma.

Por repetidas veces hemos visto aquí, en Montevideo y antes de la sanción de este artículo, que los Jueces dictaban un auto de embargo, y el Aguacil, cumpliendo con su deber, iba á casa del vecino A ó B, y con las carretillas á la puerta, le llevaba los muebles á remate.

Es con motivo, señor Presidente, de estas manifestaciones tan poco agradables, que se produjeron diferentes desgracias.—Ha habido,—como lo decía el Superior Tribunal en su mensaje,—personas que han perdido la razón, otras que se han suicidado, y toca así los extremos de todo lo que ha podido acontecer, con motivo de estos atropellos, casi *ex abrupto*, autorizados por la ley,—que no encuadra con nuestro sistema, con nuestro modo de ser.

Que el deudor pague—repito—eso está perfectamente explicado:—pero que un deudor, pagando sea vejado, eso no puede admitirse en ninguna sociedad.

El artículo 885 tal cual lo sancionó la Cámara de Representantes y que está hoy en vigencia, responde á una medida de perfecta moral social.

El acreedor malevolente por voluntad propia, somete al deudor no solamente al pago de la deuda, sino á la violencia de ser vejado.

Eso, señor Presidente, no debe suceder aquí ni en ninguna parte donde haya nociones de justicia.

Sobre este punto, ya he dicho, muy poco puede adelantarse, porque es tan evidente, señor Presidente, la razón que asiste á los que sostenemos el artículo tal como lo mandó la otra Cámara,—es tan evidente, que hasta me parece ocioso decir una palabra más.

Yo me limito á estas pequeñas observaciones, y dejo la palabra á otro senador que quiera hacer uso de ella, en pro ó en contra del artículo en discusión.

(Se vota el artículo y es aprobado).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 900.

SR. SALVAÑACH—Sobre este artículo, señor Presidente, también la Comisión de Legislación ha estado en divergencia, tocándose sostener en minoría el artículo del Código tal cual está vigente, y no tal cual se contiene en la reforma venida de la Cámara de Representantes.

Por el artículo vigente se establece que el acreedor que primeramente ha obtenido embargos en bienes de su deudor, no afectados con prenda ó hipoteca, tiene el derecho de cobrar del producto de los mismos, íntegramente su crédito, intereses, costas y costos con preferencia á otros acreedores, fuera del caso de concurso.

Por ejemplo, que no sea ya el que ha obtenido primeramente el embargo, sino que sea un acreedor que por la naturaleza de su crédito debe ser pagado con preferencia.—Porque es claro que son casos distintos, y consiguientemente tienen que ser reglados por distintas disposiciones.

En el caso del concurso, vienen todos los bienes del deudor á responder á todas sus deudas y en el caso del embargo, del que primero lo ha obtenido siendo dos ó tres, no porque quedan otros bienes para responder á los créditos—por ejemplo—á los créditos del primero y segundo, porque bien podría suceder que el acreedor que ha obtenido el embargo, fuera un deudor de cuarto ó quinto grado.—Y si se establece el artículo tal cual viene de la Cámara de Representantes, entonces, ese acreedor de quinto grado, en el caso de concurso, por el hecho de haber obtenido primero embargo, vendría á te-

ner preferencia, lo que, á todas luces, no es justo ni equitativo.

Por eso es que yo en el seno de la Comisión he sostenido, que no se debe tocar este artículo, que debe quedar tal como está; que la modificación en lugar de traer conveniencia y adelantar doctrinas, las hace perjudiciales en el sentido de impedir que los acreedores de preferente grado sean pagados con preferencia.

Por otra parte, el artículo 900 de la reforma quita también el inciso 2.º del artículo 900 que estamos discutiendo, que dice terminantemente... *(Lo lee)*.

Esto también lo quita el artículo de la reforma, y, señores, nada más justo que los créditos anteriores tuvieran preferencia en cuanto al pago.

Estos son los antecedentes que he tenido, para en aquel entonces, discutir el punto, en las condiciones en que lo he hecho y ratificar en pleno Senado los motivos que doy para que le preste mi voto al artículo en discusión.

(Un señor senador le observa en voz baja).

Parece que no me he explicado bien ó me han entendido mal en el concepto de que yo aprobase el artículo venido de la Cámara de Representantes.

Al contrario, yo sostengo que el artículo de la Cámara de Representantes debe rechazarse, y consiguientemente desechándolo, queda vigente el del Código Civil de Procedimientos.

Es bajo ese punto de vista que he encarado la cuestión.

(Se vota si se aprueba el artículo y es negativa).

* SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 942.

SR. SALVACH.—La diferencia, señor Presidente, entre uno y otro artículo, el vigente y el reformado por la Cámara de Representantes, es que en el vigente, se establece que en el caso de tercera, cuando el deudor no esté en posesión de los bienes, en cuyo caso es sabido que no puede llevarse adelante la tercera, sin que haya previamente un juicio ordinario, porque entonces expondríamos á un tercer poseedor á título de dueño, á ser despojado por el hecho de haber pertenecido su cosa al deudor.

En ese caso de tercera, establece el artículo del Código vigente, que cuando se haga la tercera quedará, sin embargo, subsistente el embargo;—y el artículo reformado establece que lo que quede vigente no sea el embargo, sino la prohibición de enajenar.

Y es tan... diré así, y tan metafísica la diferencia entre la prohibición de enajenar el embargo, que no hay inconveniente—á juicio de la Comisión—en aceptar esa modificación.

Porque indudablemente, desde que lo que se pretende es impedir la enajenación de la cosa por medio del embargo, porque desde que el embargo no sigue adelante, consiguientemente no se pueden tasar los bienes ni pueden mandarse rematar ni cosa que se le parezca.

No hay inconveniente, pues, en admitir que en lugar de quedar subsistente el embargo, quede subsistente la prohibición de enajenar.

Pero además, al fin de ese artículo se hace una indicación, diciendo... *(Leyó)*.

El artículo vigente, dice: «sin que pueda afectar entre tanto á los frutos».

Es claro, desde que no pudo afectar la administración y los frutos, es claro también que no puede afectar el uso.

Así es que no hay inconveniente, y por el contrario es más propio—á mi juicio—el artículo de la Cámara de Representantes, y por eso la Comisión, señor Presidente,

con quien hemos estado de acuerdo en ideas al discutir ese artículo, propone al Honorable Senado que lo sancione tal cual viene de la Honorable Cámara de Representantes.

(Se pasa á votar y es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 1022.

SR. SALVACH.—En este artículo también se hacen modificaciones sustanciales, señor Presidente, que me permitiré indicar á la ligera.

Se notará que en una y otra disposición se establece que los acreedores hipotecarios ó prendarios podrán, no sólo continuar sus ejecuciones, sino también iniciarlas, sin aguardar el resultado del concurso general.

Hasta aquí vamos bien.

Es indudable que un acreedor hipotecario, prendario, que tiene especial cosa, especial mueble para el pago de su crédito, no tiene por qué esperar al resultado del juicio ó concurso general.

La hipoteca la hace vender ó la propiedad se la hace adjudicar.

Hasta ahí vamos bien.

Pero, ¿con qué condición, señor Presidente, es que se opera esa ejecución y esa adjudicación?

Con la condición que establece el artículo vigente,—que dice... *(Lo leyó)*.

Vale decir que como hay acreedores prendarios y acreedores hipotecarios, claro es que si bien el acreedor hipotecario no tiene que esperar el resultado del concurso general, por razón de que están hipotecados sus bienes, tiene preferencia sobre los demás acreedores de primer grado y de segundo.

Entonces la ley supone, como se ve... *(no se oye)*... de restituir lo que él ha recibido, toda vez que los bienes generales del concurso no hayan bastado para pagar las costas y costos y demás bienes que constituyen los créditos de primer y segundo grado, porque el crédito hipotecario en el concurso está en tercer grado.

Es, pues, más prudente la disposición del artículo vigente que la del artículo venido de la otra Cámara, que dice... *(Leyó)*.

Es decir que es lo que afianza á restituir nada más que lo que sobrase para pagar sus créditos pagando los costas y costos, pero no los primeros acreedores privilegiados en primero y segundo grado, sino solamente las costas y costos del juicio.

Por lo demás, bien puede haber otros créditos privilegiados, y sería largo enumerar, y determinar cuáles son esos créditos.

Podríamos ver el Código, pero lo creo innecesario: las expensas funerarias, los gastos causados en la última enfermedad, los salarios de los dependientes y criados del último año, en fin, una porción de otros créditos más que tienen preferencia á los acreedores hipotecarios que entran en tercer grado.

Entre esos que enumero hay acreedores de primero y segundo grado.

Bien, pues, señores senadores: sobre esta importante modificación, porque realmente es de trascendencia, si deben afianzarse solamente para restituir el pago en la parte que corresponde á las costas y costos, ó para restituir prudencialmente ó proporcionalmente el pago que sea necesario respecto de los acreedores de primero y segundo grado: y digo prudencialmente y proporcionalmente, porque no están obligados á... en muchos casos en que tengan necesidad de restituir todo lo que han recibido.

Pero en otros casos no habría necesidad ninguna sino

de restituir una sola parte, porque también los otros acreedores á su vez restituirán el sobrante de esa ejecución, y entonces quedando un remanente, cada uno proporcionalmente vendrá á recibir lo que le corresponde.

Me parece, señor Presidente, haber puesto en claro la diferencia de una y otra disposición, la vigente y la reformada.

Ahora toca al Honorable Senado resolver lo que crea más justo y equitativo.

SR. FIGUEROA—Yo, señor Presidente, votaré por la reforma propuesta por la Cámara de Representantes, porque la creo mucho más arreglada á justicia.

Con la reforma que nos propone el señor senador habría casos en que las hipotecas serían ilusorias.—El acreedor hipotecario no estaría seguro en el país, de poder cobrar su hipoteca, puesto que podría suceder—como ha dicho muy bien el señor senador—que tuviera que devolver todo después de haber seguido un juicio para cobrar su hipoteca, y no habría hecho entonces más que quedarse con su crédito y gravar más la masa con todas las costas y costos que hubiera causado la ejecución.

Si la masa general que ha quedado no alcanza á los créditos de primer grado, tiene que devolver todo lo que valía la cosa que vendió, porque ella estaba hipotecada, y no habría hecho más que quedarse sin nada y aumentar los gastos con la ejecución.

Por consiguiente, yo sostendré, señor Presidente, la reforma de la Cámara de Representantes, porque me parece mucho más justa y equitativa.

SR. CASTRO—Una de las razones, señor Presidente, por que siempre se han pagado aquí intereses muy altos sobre los mejores créditos, cual es la hipoteca sobre bienes raíces, son estas complicaciones que á veces ponen en riesgo ó causan cuestiones al que presta su plata y no quiere fiarse de individuos, ni quiere hacer peligrar su posición comercial al dar crédito, no al individuo sino á la propiedad.

Si no hubiera estas cuestiones, no se vería en el mercado dado sobre firmas al 5 % y sobre hipotecas al 10 y 12.

Soy de la misma opinión del señor senador por Soriano, que el que presta sobre una finca no debe ser entorpecido, porque no ha prestado al individuo, sino á la finca, y que debe cobrar sobre ella sin tropiezos de ninguna naturaleza...

(Apoyados).

SR. SALVAÑACH—Las razones que emiten los señores senadores que acaban de precederme en la palabra serían para determinar la preferencia, señor Presidente, de pago, y entonces si los señores senadores cambiasen la legislación vigente, estaría completamente de acuerdo con ellos. Pero mientras que la legislación vigente establece que las hipotecas no tienen primer grado ni segundo, sino tercero, es una anomalía, señor Presidente, establecer que tienen que ser pagadas con preferencia á los créditos que la misma ley determina que tienen preferencia de pago.

No es posible relacionar y confundir y amalgamar estas dos disposiciones.

¿Tienen ó no tienen preferencia los acreedores hipotecarios?

¿No dice la ley: los acreedores hipotecarios están en tercer grado, hay acreedores en primero y segundo grado?

Es, pues, una anomalía establecer que por el hecho de que sean hipotecas, tienen que ser pagados con preferencia, cuando los bienes del acreedor, el mismo Código de-

termina que responden á todos los créditos, cuando esos bienes—repito—no alcanzan para pagar.

Así es que yo me explico el argumento del señor senador, en el concepto de modificar la legislación vigente, estableciendo que cuando hay hipoteca, antes de nada debe ser pagada la hipoteca.

Si eso se determina en la ley; si se va á cambiar así totalmente la legislación vigente, yo estoy con los señores senadores.

SR. CASTRO—Que se cambie la legislación.

SR. SALVAÑACH—Que se cambie: esa es otra cuestión enteramente aparte. Si se quiere cambiar, que se cambie.

Entonces sería cuestión de ver, señor Presidente, si sería posible determinar que el acreedor hipotecario fuera preferente á los gastos causados en el entierro de una persona querida de la familia, y por el estilo, otras muchas deudas que están como créditos privilegiados en el segundo grado.

No es posible, señor Presidente, yo no admito el cambio de legislación, porque no conozco ninguna legislación del mundo que diga que los créditos hipotecarios tengan preferencia á los créditos como alimentos, como salarios de dependientes, como trabajo personal.

Yo no conozco legislación ninguna en que se establezca que el acreedor hipotecario tenga preferencia sobre esos créditos personales, emanados del sudor de la frente y no del agio; porque es perfectamente lógico, señor Presidente, que se busque á ganarse dinero con hipotecas.

Yo, lejos de impugnarlo, creo que es un adelanto en todas partes del mundo que haya prestamistas, pero no los conozco en condiciones favorables á estos otros acreedores, y no conociéndolos no pueden ser pagados con preferencia.

Estas son las razones que tengo para votar en contra del artículo propuesto por la Cámara de Representantes, respetando mucho, como respeto, la opinión de los demás.

SR. CASTRO—A pesar de las nuevas observaciones que ha hecho el señor senador, me confirmo más, señor Presidente, en que la finca debe responder al crédito y que el hipotecario no está obligado á devolver sino el exceso, porque precisamente puede suceder, que hipotecada una finca, el individuo quiebra á los dos ó tres días y deba tanto de sueldos de dependientes y empleados de la industria, que la hipoteca sea nula,—y como el prestamista cuando presta sobre una finca, no quiere dar crédito al individuo, es natural que la finca debe responder.

Encuentro un contrasentido completo, en esa legislación, que el hombre que no quiere dar un crédito á un individuo que le garante su plata, á los dos días resulte que todos los peones, dependientes é industriales que tiene en su establecimiento, son dueños de la plata que dió el prestamista.

La hipoteca será nula en ese caso.

¿Quién presta en esas condiciones sino á interés doble, como está sucediendo ahora?

En cuanto á eso de que no pueda tener ni plata para el entierro, será un pobre de solemnidad y que hipotecaba lo último que tenía.

Pero no puede decirse que á un hombre que pide plata sobre bienes raíces, tenga que hacersele los gastos del entierro, gastos de dependientes, peones y otros muchos gastos más.

(Se vota el artículo del Proyecto y es aprobado).

SR. PRESIDENTE—¿Querría la Cámara pasar un mo-

mento á cuarto intermedio para dar descanso á los señores Taquígrafos?

(Apoyados).

(Se suspende la sesión).

(Vuelto á sala, es puesto en discusión el artículo 1079).

SR. SALVAÑACH—Señor Presidente: yo no tomaba la palabra, porque este artículo no tiene nada que hacer, sino lo único que determina es que pasen las hijuelas al registro para que sean anotados los bienes de viuda ó viudo, y como dice la Comisión es conveniente la reforma y no tiene nada que observar.

(Se vota y es aprobado).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 1111.

SR. SALVAÑACH—Como se ve, la modificación únicamente hecha á este artículo es, que en lugar de ser la cuenta pasada solamente en papel común por una sola vez, sea por duplicado á efecto de que se mande al registro á sus efectos.

Todas estas precauciones son de garantía, y por consiguiente ha creído la Comisión deber aceptarlas.

(Se procede á votar y es aprobado como también el 1112).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 1153.

SR. SALVAÑACH—Indudablemente, como he tenido el honor de manifestar anteriormente, todos estos detalles favorecen la apertura de los testamentos.

Por el Código vigente se establece... (Leyó).

Pero por este artículo se establece... (Lo lee).

Con todos estos requisitos, condiciones y prescripciones, lejos de haber temor alguno, se beneficia y se da motivo de hacer con más verdad y terminar con menos gastos lo que hay que hacer.

Por estas consideramos, la Comisión no encuentra inconveniente en que se acepte esta modificación.

(Se vota y es aprobado).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 1163.

SR. SALVAÑACH—Como se ve, se agrega un inciso 2.º ... (Lo lee).

Quiere decir, que en lugar de haber un original, hay dos con testimonios, y todo esto favorece al testador y sus herederos en el concepto de que hay mayores garantías, desde que hay dos en lugar de un testamento con sus testimonios.

Tanto mejor para los interesados; si se pierde uno, hallan el otro.

(Se procede á votar y es aprobado).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 1178.

SR. BAUZÁ—Como ha sonado la hora de levantar la sesión, haría moción para que se prolongase por un cuarto de hora más, para dar por terminado este asunto.

(Apoyados).

(Votándose, así se resuelve).

SR. SALVAÑACH—Este artículo es conveniente, por cuanto por la legislación vigente, en los juicios las partes indefectiblemente tienen que producir sus pruebas improrrogablemente, dice la ley, mientras que por la reforma, dice que si por razones especiales fuese insuficiente el término, pidiéndose por las partes, podrá el Juez aumentarlo. (Lee).

Nada más justo, señor Presidente. Ya sea que por muchas razones no tuvieron las partes el tiempo necesario para producir las pruebas en esta audiencia sola, y como el fin de los pleitos es averiguar la verdad, para darle á cada uno la justicia que le corresponde, es conveniente que se pida un día más ó menos, para dar á cada uno lo que es suyo.

Por estas razones, la Comisión opta por la sanción del artículo de la reforma.

(Se vota si se aprueba, y es afirmativa).

SR. PRESIDENTE—En discusión el artículo 1254.

SR. SALVAÑACH—Señor Presidente: la Comisión en cuyo nombre tengo el honor de informar, no acepta esta modificación por las razones que voy á enunciar.

Se trata de los juicios de arrendamiento.

El Código vigente establece sobre rescisión de contratos con indemnización de daños y perjuicios, que tenga que ventilarse en juicio ordinario.

(Continuará).

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 2--AÑO XV

SOBRE LA OPORTUNIDAD DE DECRETAR LA LIBERTAD DURANTE EL SUMARIO, por el doctor N. del Castillo, pág. 17.

SOBRE VALIDEZ DE DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.—Es perfectamente lícita la obligación de los accionistas de una sociedad anónima de efectuar sus compras exclusivamente en el establecimiento social.

Es válida la cláusula relativa á la pérdida de las acciones é intereses que puedan corresponder al socio que falta á la obligación arriba indicada.

Es válido el pacto de que el socio infractor podrá apelar ante una asamblea extraordinaria y que renuncia á la acción judicial, pudiendo sin embargo acudir siempre á la justicia á pesar de la cláusula, contra las violaciones de los estatutos y de las leyes que pueda cometer la Asamblea, por el doctor Pablo De-María, pág. 18.

JURISPRUDENCIA:

La usurpación de una marca de fábrica registrada no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito de carácter civil.

Cuando se reclama el cumplimiento de obligaciones procedentes de hechos ilícitos ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil, pág. 20.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

La misión del Poder Ejecutivo al intervenir en la constitución de las sociedades anónimas se concreta á comprobar que los Estatutos sometidos á su aprobación no atacan á los principios generales de derecho y que se ajustan á la legislación nacional, como también á asegurar que la sociedad cuenta con un capital realizable suficiente para llenar los fines para que fué creada, pág. 26.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—Historia de las reformas de 1883, pág. 28.

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

D E

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.	Dr. Díaz, Pedro.	Dr. Martínez, Martín C.	Dr. Roubaud, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.	» Díaz, Teófilo Eugenio.	» Martínez Páez, A.	» Sa Vianna, M. A. de
» Aguirre y González, Juan.	» Díaz, Ramón.	» Márquez, Alberto A.	(Río de Janeiro)
» Alburquerque, Pedro F.	» Escalada, Federico.	» Melián Lafinur, Luis.	» Salgado José.
Sr. Alonso, Manuel R.	» Escudero Juan Antonio.	» Mendilaharsu, Domingo.	» Saráchaga, Julián F.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.	» Fernández, Elbio.	» Matorio, Angel J.	» Sienna Carranza, José.
» Arocena, Alejo.	» Figari, Pedro.	Sr. Márquez, Joaquín C.	» Sierra, Mauro.
» Artagaveytia, Adolfo.	» Freitas, José A. de	Dr. Mendivil, Javier.	» Terra, Arturo.
» Berro, Carlos A.	» García Acevedo, Carlos.	» Pérez Martínez, Ruperto.	» Terra, Duvimioso
» Berinduague, Martín.	» García Acevedo, Ildefonso.	» Pacheco, Alfonso.	» Tió, Dalmiro.
» Brito del Pino, Eduardo.	» García Lagos, Alberto.	» Pacheco, Alvaro.	» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Brignole, Atilio C.	» Geille, Enrique.	» Pena, Carlos M. de	» Vargas, Eduardo.
» Cardoso, Agustín.	» Giribaldi Heguy, Juan.	» Perdomo, Tomás J.	» Varela, Luis.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.	» González, Domingo.	» Pereyra Núñez, Mariano.	» Vazzi (hijo), Pablo.
Dr. Casaravilla, Jacinto.	» Guillot, Alvaro.	» Pernán, Alfredo J.	» Velasco, Eladio A.
» Castro, Juan P.	» Graña, Julián.	» Piedra Cueva, Pablo.	» Vidal (hijo), Blas.
» Castillo, Serapio del.	» Grané, Ovidio.	» Piaggio, José T.	» Vigil, Antonio E.
» Capella y Pons, Francisco.	» Herrera y Obes, Julio.	» Piñeyro del Campo, Luis.	» Vivas Cerantes, Damián.
» Cremonesi, José.	» Herrera y Reissig, Manuel.	» Ramírez, José P.	» Willman, Claudio.
» Coustau, Juan (B. Aires).	» Leite, Solidonio (R. Janeiro).	» Ramasso, Ambrosio Luis.	» Wilson, Guillermo.
» Cubiló, Justo.	» Lenzi, Carlos E.	Sr. Ramos Montero, Dionisio.	Sr. Ximénez, Isaías.
» De-María, Pablo.	» Lago, Juan M.	Dr. Ramos Suárez, Dionisio.	
» Decoud, Adolfo.	» López Lomba, Ramón.	» Rodríguez, Antonio M.	

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE OCTUBRE DE 1908

NUMERO 3

Labor de los Jueces de Paz

Procedimientos judiciales

¿MAY TÉRMINO EXTRAORDINARIO PARA LA PRUEBA DE LOS JUICIOS VERBALES?

No hay disposición legal expresa que resuelva este punto, pero en su ausencia hay que acudir forzosamente a los principios ó reglas generales. El Código de Procedimiento Civil señala el sistema de las dos audiencias en los juicios verbales, (artículos 593 y 610) pero ha omitido el señalamiento de los términos de prueba; nada ha dicho sobre esta forma de procedimiento. ¿Cómo interpretar esta omisión?

Es indudable que la naturaleza de estos juicios es sumaria, aún cuando el legislador no lo diga expresamente; es también obvio que al par de la brevedad, se ha perseguido el fin de la economía. Con el sistema de las audiencias fijas, se obliga a las partes a producir todas sus pruebas, fijadas de antemano, en el mismo día señalado por el Juez, se simplifica enormemente todo trámite y se suprimen de hecho todos los incidentes que obstan a la marcha del juicio principal. Pero, ¿podría sostenerse legalmente que la fijación de la audiencia de prueba de-

be dejarse al entero arbitrio del Juez, alegando que no corren términos probatorios en esta clase de juicios? ¿Puede el Juez negarse a conceder el término extraordinario, si una de las partes lo pide? Es fuera de duda que el prudente arbitrio del Juez es el que fija las audiencias, por más angustioso que sea el término fijado, pero a condición de que las partes no tengan que producir pruebas fuera del lugar del juicio. Pero, si se presenta el caso de solicitarse pruebas fuera del departamento ó aún fuere del país, entonces recobran su imperio los artículos 334, 336 y 341 del Código de Procedimiento Civil. No podría el Juez invocar razón alguna para cohonestar su negativa a conceder tales términos, porque en la ausencia de disposiciones especiales rigen las generales contenidas en el capítulo VI, título IV, parte I del Código citado, comunes a todos los juicios; y no bastaría, ciertamente, por más respetable que sea, traer a colación el argumento de la brevedad de los litigios, porque es sabido que cuando el legislador quiere prescribir el procedimiento extraordinario, lo hace expresamente. (Ejemplos: el juicio de alimentos, el de desalojo, el juicio ejecutivo verbal, el de las acciones posesorias, el de entrega de la cosa, etc.). Lo extraordinario, como todo lo anormal, debe aplicarse restrictivamente.

Los juicios verbales son juicios especiales, de índole sumaria, pero en el fondo tienen el carácter de ordinarios para la ley procesal, pues si así no fuera, hubieran sido sujetos a los cánones de excepción. La misma defi-

nición que el Código da de ellos (artículo 7.º) confirma este criterio. También el título I «De los juicios verbales y escritos» (Parte segunda), y el capítulo «De los juicios ordinarios escritos».

La legislación nacional se resiente de la falta de una disposición que prevea situaciones indefinidas como ésta. La Ley de Enjuiciamiento civil española dice en uno de sus artículos: «Toda contienda judicial entre partes, que no tenga señalada en esta ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda».

Y el Código de Procedimiento Civil italiano, en su artículo 447: «El procedimiento ante los pretores, en todo aquello que no está reglado expresamente en el capítulo respectivo, se regirá por el procedimiento civil y comercial prescripto para ante los Tribunales, en cuanto sea aplicable á la naturaleza del procedimiento pretorial».

Para interpretar la omisión referida deben, pues, tenerse presentes las reglas generales de la prueba, los principios más admitidos de legislación y los más amplios de defensa y de justicia. Y apoyándonos en todos estos fundamentos, es nuestra opinión: que no hay razón legal para negar el término extraordinario de prueba en los juicios verbales ordinarios sometidos á la jurisdicción de los Jueces de Paz. Y que esta conclusión no es contradictoria ni con la prescripción de las dos audiencias ni con la exigencia de que las tachas deben producirse en la misma audiencia de prueba, ó á lo sumo, en la que se señale como su continuación.

Comprendemos lo peligroso que será en la práctica tal interpretación, porque ella puede abrir la puerta á la chicana dilatoria y prestarse á abusos; pero por más que lamentemos llegar á esa conclusión, es forzoso que así lo hagamos en obsequio al principio de una interpretación racional de la ley. Por de pronto, en los juicios en que se ventilan intereses de menos de 200 pesos, no tendrá aplicación la escala de distancias del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, porque regirá entonces por analogía el artículo 633 del mismo cuerpo de leyes. Este artículo da una pauta para el tiempo ó término dentro del cual deben los Jueces de Paz señalar la audiencia de prueba. El legislador revela aquí un interés evidente por la brevedad de estos juicios. Pero, el peligro aparece, el abuso puede manifestarse en el pedido del término extraordinario. ¿No habría algún medio de atenuarlo? A nuestro juicio, el artículo 335, ya citado, podría neutralizar los efectos dilatorios de aquella disposición, siempre que el Juez aminorara los plazos, atendidas las circunstancias, porque—esto sí, es indudable—siendo el Juez quien fija las audiencias, según su prudente arbitrio, es él solo quien puede prorrogarlas. La parte que quiera solicitar el término extraordinario, lo hará precisamente en la primera audiencia, y el Juez fijará la de prueba teniendo en cuenta la distancia del caso y los medios de comunicación que existan con el lugar donde resida el testigo que deba declarar. Sería ocioso manifestar que aquí no tendría aplicación el artículo 337 del Código citado. En la misma audiencia se oirá á la contraparte sobre tal petición, y el Juez lo concederá ó lo negará, siendo apelable su resolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338 del mismo Código.

En Italia se discute este punto; si no igual, de mucha analogía al que es materia de este informe: «si en las causas de la competencia de los pretores es ó no obliga-

toria la observancia de las formas y términos prescriptos para la prueba en los juicios que se siguen ante los Tribunales y las Cortes de Apelación». Y la jurisprudencia casi unánime (pues hay también jurisprudencia en contrario) ha consagrado que no rigen los mismos términos. Pero en este país se explica tal decisión en mérito á estas dos razones: 1.º porque en el Código de Procedimiento Civil italiano, está estatuido expresamente (artículo 155) que el *procedimiento sumario* se observará ante los pretores; 2.º porque la sección que habla sobre términos (pruebas) se halla contenida en el capítulo «Del procedimiento formal ante los Tribunales Civiles y las Cortes de Apelación» y el procedimiento ante los pretores está legislado en el capítulo siguiente, por lo cual un autor ha podido decir, tal vez con razón, lo que sigue: «callando la ley en el procedimiento singular y sumarisimo ante los pretores, demuestra claramente no querer imponer ningún rigor de términos; que, en consecuencia, el silencio de la ley es entendido en el modo compatible y conveniente con la índole del juicio pretorial». Pero esta interpretación no puede hacerse con las disposiciones de nuestro Código por la razón primordial que más arriba hemos expresado. Será una contradicción del legislador, que irá contra la índole breve, sumaria, de los juicios verbales, pero así es y hay que acatarla. A los Jueces no les queda sino el recurso de aminorar en la práctica con su prudencia, los efectos perniciosos de esta contradicción.

Conclusión: Mientras subsistan las disposiciones actuales del Código de Procedimiento Civil referentes á la prueba, debe concederse el término extraordinario en los juicios verbales ordinarios.

Como aspiración, es de desearse que la Asamblea de Jueces de Paz se dirija á la Comisión Revisora del referido Código, indicándole la conveniencia de abreviar los términos de prueba en los juicios de la jurisdicción de la justicia de paz, á fin de garantizar, en lo posible, el derecho del litigante con un procedimiento más sumario en conciliación con los principios de justicia.

Montevideo, julio 6 de 1908.

Atilio C. Brignole — José M. Reyes
Lerena—Alfredo Costa Gutiérrez.

Formulado el anterior trabajo, lo ampliamos con las siguientes consideraciones:

Para resolver con todo acierto esta cuestión, hay que remontarse á la tradición genealógica de nuestro Código de Procedimiento Civil. Es el caso, por lo tanto, de formularse estas preguntas: 1.ª ¿De qué legislación ha copiado la nuestra la institución de los juicios verbales? 2.ª Al copiar la institución, ¿ha hecho corresponder los funcionarios judiciales encargados de entender en ellos á la misma escala establecida en la ley de origen, ó ha sido su mente modificar sus funciones, armonizándolas con las necesidades de los nuevos tiempos?

Resolver estas cuestiones es resolver también de paso la que está en debate.

—Examinando la institución en España, encontramos que por el Reglamento de Justicia de 1835, se debía dar el fallo ante escribano, después de oír verbalmente á las partes, asentando las exposiciones en un libro; y se encomendó el conocimiento de los verbales á los *Alcaldes* y sus *Tenientes*, asociados de dos hombres buenos, hasta diez duros. La ley de Partida fijó la cuantía en diez maravedís. La ley 5.ª, título 15, libro 2.º del Fuero Real prohibió las apelaciones para ante el Rey en juicio cuya

demanda no valiese más de 10 maravedís. En la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se aumentó la cuantía á 600 reales; por su artículo 1162; su conocimiento correspondía á los *Jueces de Paz* en la primera instancia. Por la ley orgánica de 1870, se elevó la cuantía de estos juicios á 250 pesetas, dejando su conocimiento á los *Jueces municipales* que por ella sustituyeron á los de Paz. (Manresa y Navarro, tomo III).

Los juicios verbales pertenecen á la clase de los ordinarios *declarativos*, después del ordinario de mayor cuantía. (Autor citado).

Dice Manresa y Reus: (tomo 4.º) «Ni las leyes de Partidas ni las recopiladas dictaron reglas para la tramitación de los juicios verbales. Estaba prevenido: que no hubiese orden ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna; que la justicia procediese sumariamente, sabida la verdad; que no se asentase por escrito sino la condenación ó absolución; que no hubiese apelación, etc.» Lo mismo dicen Escriche y Caravantes.

En España, en el juicio verbal, entre la convocación de las partes y la celebración de la comparecencia deberán mediar á lo más seis días. La demanda se presenta en una papeleta firmada por el actor, donde se detalla lo que se pide. El día de la comparecencia, después de exponer las partes sus hechos, se admiten las pruebas que presenten. Quiere decir, pues, que no hay más que una sola audiencia.

Hasta aquí la legislación española. ¿Puede inferirse que nuestros juicios verbales corresponden á los de España? La duda se impone al espíritu por las siguientes razones. En aquel país, toda cuestión entre partes cuyo interés no exceda de 250 pesetas (cincuenta pesos de los nuestros) se decide en juicio verbal, y entienden en ellos los jueces municipales que sustituyeron á los de Paz. Estos juicios son, pues, los más simples, y sus funcionarios son los inferiores de la jerarquía judicial. En nuestro país, en cambio, los juicios más simples verbales son los de los Tenientes Alcaldes, y estos son los jerárquicos inferiores de la Magistratura Nacional. Los Jueces de Paz, á su vez, entienden en asuntos hasta 200 pesos, (mil pesetas) algo menos que el máximo de la competencia establecida en España para los juicios de menor cuantía por la ley de 1855 (1.500 pesetas).

Ahora bien, ¿no pudo el legislador nacional asimilar los juicios verbales de la competencia ordinaria de los Jueces de Paz á los de menor cuantía establecidos por la Ley de Enjuiciamiento de 1855, si se atiende á la fecha de la promulgación de nuestro Código de Procedimiento Civil (año 1878), conservando el procedimiento verbal para no aumentar los gastos, y reduciendo la cantidad equivalente de 1.500 pesetas (300 pesos) á la de doscientos pesos, en atención á la calidad de legos que tendrían los funcionarios judiciales?

No nos parece sin sentido esta interpretación, máxime cuando nuestra ley mantiene otros funcionarios inferiores á los de Paz, (Tenientes Alcaldes) y para ellos habrá dejado reservado el procedimiento más expeditivo de fallar sin mayores trámites y sin mayores pruebas, conforme al aforismo conocido de fallar con arreglo á la verdad sabida y á la buena fe guardada. En España, el último funcionario judicial era el Juez de Paz antes, (fechas citadas) siéndolo hoy el municipal.

Se dirá que se copió el sistema verbal, y que la modificación fué solo de funcionarios; pero la oscuridad y el silencio de la ley permiten estas interpretaciones que podrían revelar, tal vez, una adaptación de institución modificada.

Y, entonces, si esta interpretación fuera la exacta, la cuestión del término extraordinario en los juicios verbales de que trata la ley oriental, quedaría resuelta en sentido favorable á su admisión.

En efecto: remontándonos siem pre al origen, vemos que en España la ley 10 de enero de 1838 *definió* los de *menor cuantía* aquellos en que el valor de la cosa litigiosa, excediendo de 25 duros, no pasara de 100, y estableció un procedimiento especial, breve y sencillo. Por la ley citada de 1855 se elevó esta jurisdicción hasta 1.500 pesetas, y por la de 11 de mayo de 1888 hasta 3.000 pesetas, siguiendo la evolución ascendente de todos los países en esta clase de juicios. Pues bien: examinando las disposiciones relativas, encontraremos en ellas grandes analogías con las referentes á nuestros juicios verbales. El artículo 696 de la ley vigente dice: «Si ambas partes ó alguna de ellas hubiere propuesto prueba señalará el Juez el término dentro del cual haya de practicarse. Este término no podrá pasar de veinte días». El artículo 697: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si alguna de las diligencias propuestas hubiera de practicarse en lugar distinto del en que se siga el juicio, el Juez, teniendo en consideración la distancia y los medios de comunicación, podrá ampliar el término por los días indispensables, cuando estime que no es posible practicar la diligencia dentro del ordinario, sin que pueda exceder de 10 días dicha ampliación».

Y el artículo 698: «También podrá otorgarse el término extraordinario de prueba, en los casos y con los requisitos que determinan los artículos 555 al 562». Este último artículo suple una omisión de la ley anterior, que daba lugar á dudas.

Caravantes dice en su obra, (tomo II, página 441) comentando el artículo 1149 de antes, cuando no contenía el término de diez días que hoy contiene el 697 citado: «Del espíritu de la misma disposición se deduce que el Juez tendrá igual facultad de ampliar dicho término cuando la prueba hubiere de ejecutarse en Europa ó en las Islas Canarias, América, África, etc. Esta facultad del Juez no sólo se funda en la identidad de razón entre estos casos y los á que parece referirse el artículo 1149, (hoy 697) sino también en el texto de los artículos 263 y 264 de la ley sobre el juicio de mayor cuantía que concede en aquéllos un término extraordinario. Así se había interpretado por los autores anteriormente, no obstante el silencio absoluto que se observaba en la ley de 10 de enero de 1838. He aquí las razones en que se apoyaban los reformadores de Febrero para esta interpretación: «No hace mérito la ley de términos ordinarios y extraordinarios ultramarinos; y no concebimos que pueda haber un motivo para que todos los pleitos de menor cuantía se hayan de medir por la misma regla. Acaso la ley habrá considerado que por ser corto el valor de la cosa litigiosa no puede llegar el caso de hacerse necesaria la concesión de un término extraordinario, pero esta razón no es sólida ni suficiente. Siendo indudable que lo mismo pueden celebrarse en España que en ultramar negociaciones por cantidades de poca monta, ó bien que celebradas en la Península, los testigos presenciales marchen á ultramar, claro es que podrá tocarse muy bien con el escollo de que el demandante ó demandado no puedan acreditar su acción ó excepciones por la ausencia de los testigos y la brevedad del término. Verdad es que en la concesión del término ultramarino se pueden tocar graves inconvenientes, porque la mala fe de los litigantes aprovecha todos los recursos posibles para entorpecer la marcha de los pleitos. Mas, ¿podrá considerarse más jus-

ta la negativa de todo recurso que produzca la indefensión, que la concesión de un término protector de la defensa legítima, aunque expuesta á algunos inconvenientes? ¿Son éstos absolutamente inevitables? Creemos que así como en los juicios de mayor cuantía se han establecido medios que impiden el uso malicioso del término ultramarino extraordinario, también podrían adoptarse en los de menor cuantía».

Manresa y Reus (tomo 4.º) opinaba lo mismo sobre la omisión de la ley anterior á la que rige actualmente.

Por la *cantidad*, pues, se asemejan más los de menor cuantía á los verbales de la competencia de nuestros Jueces de Paz. ¿Por qué no cabría, pues, en el silencio de nuestra ley, hacer la misma interpretación que hacían antes los autores españoles sobre igual silencio de sus leyes? Sobre todo, si nuestro legislador tomó de ese país la institución, como el génesis histórico-jurídico induce á creerlo así.

¿Se habrá inspirado nuestra ley en la argentina, tratándose de juicios verbales?

Vamos su historia. La ley de 24 de diciembre de 1821, que suprimió los Cabildos, estableció en cada parroquia de la ciudad un Juez de Paz.

Por ley de 23 septiembre de 1854, su jurisdicción contenciosa se extiende en la ciudad hasta 4,000 pesos, y en campaña hasta 20,000.

Se ve, pues, que la Argentina, conservando igual denominación, ha modificado su organización primitiva.

El comentarista argentino Malaver (página 102 de su obra) dice que estos asuntos de la competencia del Juez de Paz se designan con el nombre de *menor cuantía*.

El procedimiento, según Esteves Sagui, es *verbal y actuado*. Y agrega: «La base de su procedimiento debe ser, pues, la ley recopilada, bastando que averigüen sumariamente la verdad y que sientan sólo por escrito la absolución ó condenación. Débese, con todo, advertir que los Jueces de Paz no pueden prescindir de todo trámite, sino que deben proceder guardando la forma esencial del juicio, que es la contestación de la *demand*a y pruebas que la parte quisiese producir, ó que el Juez estimase necesarias para descubrir la verdad». (Artículo 3 del Reglamento de Justicia de 1813). Así, aunque en la Ley Recopilada se diga que no haya forma alguna de proceso, ni tela de juicio, debe entenderse que esto es solo por oposición á la forma detenida de las demandas escritas».

Si nuestra ley tomó el capítulo de los juicios verbales de la ley argentina, con mayor razón debería hacerse lugar á la concesión del término extraordinario, dada la importancia de la jurisdicción que en ese país tienen los Jueces de Paz. De cualquier modo, muy lejos estamos de llevar á la práctica la brevedad casi despótica que refería la recopilada. Esta prescripción de la ley antigua condice perfectamente con la índole de los juicios sumarísimos que se ventilan ante los Tenientes Alcaldes, pero de modo alguno con la de los que se fallan ante los Jueces de Paz, funcionarios que ocupan en la escala judicial el grado intermedio entre los asuntos *mínimos* y los de *mayor cuantía*, ó sea (aún cuando la ley no use esta denominación) el equivalente á los de *menor cuantía*.

Podemos, á nuestra vez, hacer las siguientes objeciones:

No nos convence que el término máximo de prueba sea el de diez días, aplicando por analogía el artículo 633 del Código de Procedimiento Civil.

Al legislar sobre el juicio ejecutivo verbal, se señala el término de veinte días.

La existencia de este término prueba lo contrario: que en el juicio ordinario verbal, debe regir un término mayor. La analogía no existe, por ser contrarios en la terminología jurídica los términos *ordinario* y *ejecutivo*. Aquél es el común, el último la excepción, la restricción. Para el primero, son los términos más dilatados, para el último los más cortos. Si la misma ley prevé la existencia de lo más breve, de lo sumario, y tiene para ello un capítulo especial, es porque admite de antemano la existencia del *juicio ordinario verbal*, que será el caso general.

Hay también una disposición legal que arroja luz sobre la cuestión que se debate.

El artículo 607 determina *especial* y expresamente que en los juicios que se ventilan ante los Tenientes Alcaldes, cuando las partes ofrecen pruebas, el Juez citará á éstas para que comparezcan *al día siguiente* con sus testigos.

La ley hace aquí mérito de la brevedad y señala un plazo especial. Si su intención hubiera sido derogar los principios generales de términos en los juicios de la jurisdicción de la justicia de paz, lo habría hecho expresamente, señalando otra especialidad de términos como la establecida para los Tenientes Alcaldes.

Concluimos, manifestando que reputamos nuestra interpretación como la *literal*, en consideración cuando menos al hecho de que el capítulo de la prueba es común á todos los juicios, reiterando que nos repugna la conclusión por ser contraria á la índole breve y económica de los juicios que se ventilan ante los Juzgados de Paz.

Brignole—Reyes Lerena—Costa
Gutiérrez.

JURISPRUDENCIA

Quien recibe la intimación prescripta por el artículo 866 del Código de Procedimiento Civil, para que dentro de diez días entable la acción que surge de la jactancia alegada, cumple con citar al actor á conciliación dentro del expresado plazo.

La disposición legal mencionada no obliga á demandar dentro de los diez días; y no corresponde la declaración de caducidad de los derechos, cuando la citación á conciliación se ha hecho en tiempo y se demanda dentro de los treinta días siguientes á la conciliación.

La demanda debe ser presentada con copia; no presentándose ésta, el Actuario no debe recibir el escrito, pero si éste ha sido recibido sin copia, la omisión no puede producir el efecto de dar por no entablada la demanda.—(VÉANSE ARTÍCULOS 866 Y 291 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: por los fundamentos aducidos en el escrito de f. 84, y

Considerando: que es efectivamente cierto, que por el auto de f. 73 se dispuso que se intimara á don Q. S. en-

tablara dentro de diez días la acción de que se creyera asistido, bajo el apercibimiento mencionado por el artículo 866 del Código de Procedimiento Civil; de manera que habiéndosele notificado al señor S. la referida intimación con fecha 11 de febrero del corriente año, según es de verse en la diligencia de f. 73 vuelta, es indudable que empezando á correr el término al día siguiente de verificarse ésta, el plazo de diez días había vencido el 22 del mencionado mes de febrero;

Considerando: que en tales condiciones es incuestionable que la parte de B. al solicitar por su escrito de f. 75 que se hiciera efectivo el apercibimiento dispuesto por el auto de f. 73, procedía en armonía y en consonancia con el derecho que le acuerda el artículo 866 citado, desde que en la fecha en que tal petitivo formulaba, habían vencido sobradamente los diez días antes referidos;

Considerando: que según es de verse en el escrito de f. 35 del expediente iniciado por don Q. S. contra don E. B. por reivindicación, que el Juzgado tiene á la vista, dicha demanda fué recién iniciada con fecha 6 de marzo próximo pasado, es decir, á los veinticinco días de haber sido intimado para que dedujera dentro de diez días la acción de que se creyera asistido, lo que acusa que estaba notoriamente fuera de término para hacerlo, y por ende que B. estaba en lo justo y legal al solicitar, como lo hizo, que el Juzgado hiciera efectivo el apercibimiento decretado;

En tal virtud, y de acuerdo con lo dispuesto por el auto de f. 73, definitivamente juzgando, fallo:

Revocando el auto apelado y declarando que don Q. S. ha incurrido en el apercibimiento decretado, por lo que el derecho que se atribuye en el caso debe reputarse por caducado, con costas.

Monterideo, abril 6 de 1908.

Regules.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto este juicio de jactancia, seguido entre don E. B. y don Q. S. y venido á segunda instancia por los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el último contra el auto dictado á f. 89 por el señor Juez Letrado de lo Civil de 3.º turno;

Considerando: que por el auto ejecutoriado de f. 73 se le mandó intimar al señor S. que dentro de diez días entablara la acción indicada contra el señor B., bajo apercibimiento de lo prevenido por el artículo 866 del Código de Procedimiento Civil;

Considerando: que en cumplimiento de ese auto, el Actuario le hizo la intimación correspondiente al señor S. el 11 de febrero de 1908 (diligencia de f. 73 vuelta) y que por consiguiente el plazo para que aquél entablara la acción dispuesta venció el día 21 del mismo mes;

Considerando: que según consta á f. 3 del expediente agregado, el señor S. hizo citar al señor B. á juicio de conciliación antes de que vencieran los diez días de la intimación (Código de Procedimiento Civil, artículo 263), pues la audiencia de conciliación tuvo lugar el 22 de febrero;

Considerando: que basta que la citación á juicio de conciliación se haga dentro de los diez días de la intimación de que trata el artículo 866 de la referencia, para que se tenga por iniciada en tiempo la acción pertinente, por cuanto el artículo 107 de la Constitución prescribe que «no podrá entablarse ningún juicio en materia civil

y de injurias sin constancia de haber comparecido las partes á la conciliación», y porque igual cosa establecen los artículos 263 y 281 del Código de Procedimiento Civil;

Considerando: que el citado artículo 866 no dice que el intimado entablará la demanda, sino la acción dentro de los diez días, y que la acción (que es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro ó se nos debe, artículo 240), se entabla llenando en el caso el requisito de la conciliación, que es indispensable para poder llegar á la demanda;

Considerando: que habiendo el señor S. citado en tiempo á su contrario al juicio de conciliación, para que procediese la intimación del artículo 866 sería necesario que aquél incurriera previamente en el caso señalado por el artículo 869;

Considerando: que el hecho de que el señor S. no presentara el escrito de demanda en el juicio reivindicatorio, acompañando todas las copias que prescribe el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil, no puede producir el de dar por no entablada aquella demanda, desde que el referido escrito le fué recibido por la Oficina y no se ha dictado luego ninguna resolución judicial que dé por no iniciado el juicio por falta de dichas copias; y

Considerando, por otra parte: que el señor S. no ha debido consentir el auto de f. 73 que le mandaba entablar la acción dentro de diez días, porque él no había incurrido en jactancia, desde que á f. 2 vuelta dijo bajo juramento «QUE FUERA DE JUICIO NO HA HECHO manifestaciones de ningún género respecto á atribuirse derechos á un terreno que don E. B. manifiesta poseer» (artículo 863);

Por estos fundamentos: se revoca el auto apelado y se declara en consecuencia que debe estarse á lo resuelto por el auto de f. 75 vuelta.—Devuélvase.

Mayo 18 de 1908.

Montero Paullier—Martínez—
Piñero.

SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA

Vistos en relación estos autos sobre jactancia, seguidos por don E. B. contra don Q. S., venidos por los recursos de nulidad y apelación que el primero dedujo á f. 111 contra el auto de f. 105 dictado por el Tribunal de Apelaciones de 2.º turno;

Por sus fundamentos; y

Considerando: que la acción de jactancia no tiene por la ley ni con arreglo á justicia otro fin que el de impedir que una persona se atribuya fuera de juicio derecho contra un tercero haciendo alarde de esto públicamente, pues ello importaría arrojar dudas sobre la eficacia de los títulos y derechos que pudieran corresponder á dicho tercero, con manifiesto perjuicio de los intereses de éste, que podría verse embarazado en la libre disponibilidad de lo que es suyo ó le pertenece;

Considerando: que la citación en tiempo á juicio de conciliación, seguida de este mismo juicio y poco después de la interposición de la demanda en forma, hace desaparecer la causa en que se basa la ley para declarar caducado el derecho del jactancioso, así como la presunción de que el silencio absoluto de éste, equivale á un reconocimiento tácito de su falta de razón y derecho;

Considerando: que sería altamente injusto y hasta

opuesto á la simple equidad, el decretar la pérdida definitiva de derechos y acciones en virtud de simples presunciones legales, cuando median actos evidentes, practicados inmediatamente de intimaciones judiciales, que revelan de una manera inequívoca la no existencia de los hechos presumidos por la ley;

Se confirma el auto apelado y devuélvase.

Septiembre 8 de 1908.

Garzón—Piera—Reyes—Cu-
ñarro—Bastos.

Si se ha practicado en juicio sucesorio el inventario estimativo de los bienes, tomando para los inmuebles el aforo de la Contribución Inmobiliaria, y se venden aquéllos antes de liquidarse y abonarse el impuesto de herencia, debe tenerse como base para la liquidación, la suma obtenida en la venta de los inmuebles, y no el aforo de la Contribución Inmobiliaria. (VÉASE ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE 30 DE AGOSTO DE 1893).

(PÁRRAFOS DE UN INFORME «IN VOCE» PRODUCIDO POR EL DOCTOR
LIBORIO ECHIVARRÍA)

ALCANCE DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE HERENCIAS

Se debe destruir la teoría novedosa del Agente Fiscal de Rocha, aceptada desgraciadamente por el Juez Letrado de ese Departamento,—y que importa á mi juicio y en opinión de muchos criterios ilustrados y autorizados,—una violación flagrante de los términos del artículo 21 de la Ley de Herencias, y de su espíritu.

Hay un doble interés en juego al recurrir ante V. S. de aquella sentencia: por una parte el interés privado, ya que á mis representados se les desconoce un derecho claro y que no ofrece lugar á dudas; y por la otra, el destruir el funesto precedente que se pretende sentar, desconociéndose los términos claros y precisos de la ley.

El caso en cuestión es sencillísimo:

Se hace un inventario estimativo de bienes, y éste es debidamente aprobado con la intervención del señor Agente Fiscal de Rocha, dándosele á los bienes inmuebles el valor que arroja el aforo de la Contribución Inmobiliaria. Más tarde, por la necesidad de cancelar obligaciones pendientes de la sucesión,—las que se creía absorberían todo el caudal hereditario,—se ven nuestros representados en la necesidad de solicitar la venta judicial de sus bienes, (una especie de liquidación forzosa) y esta venta se hacía de acuerdo con el valor que se le daba á los bienes en el aforo para la Contribución Inmobiliaria.

Bien: debido á la valorización constante de las tierras, el resultado obtenido superó todos los cálculos que se hicieron:—lejos de absorber las deudas todo el caudal hereditario, resultó un superávit.

Llega el momento de la liquidación de derechos, y como es lógico y legal, se practica ésta teniendo en cuenta el valor que los bienes tenían para el pago de la Contribución Inmobiliaria, y no el precio que resultó de las ventas verificadas. En este momento es que nace el

incidente que motiva esta apelación, provocado por el señor Agente Fiscal de Rocha, aplicando un criterio erróneo y contrario al espíritu y letra de la ley.

El señor Agente Fiscal entendía que la liquidación se debía practicar de acuerdo con el precio de remate; y mi parte ha sostenido que tal teoría es inadmisibles.

¿En qué basa el señor Agente Fiscal su opinión?

Hasta el momento no hemos visto una cita legal, ni la invocación de principios que justifiquen su manera de pensar.

Por el contrario, de nuestra parte está toda la razón, el derecho y la opinión de abogados ilustrados.

Si se examina la letra del artículo 21 de la Ley de Herencias, no se encontrará que haga, ni siquiera, suponer que la opinión fiscal es fundada.

Dice este artículo: «En las particiones judiciales ó extrajudiciales, podrá practicarse el avalúo de los bienes raíces que paguen contribución ó títulos de crédito público ó privado que formen parte del haber hereditario, sin intervención de tasadores, tomando como base para los primeros, (ó sea los inmuebles) las planillas del año corriente de la Contribución Inmobiliaria,—y para las segundas, (los créditos) su precio de cotización en la Bolsa el día anterior á la fecha del avalúo, y á falta de cotización en ese día, el de la última que se haya verificado. Cuando se haya practicado tasación judicial, se tomará ésta como base para el cálculo del impuesto».

Estando á los términos y al espíritu de esta disposición, nada justifica la opinión del Agente Fiscal; y resulta, por el contrario, que como ella está en oposición con su espíritu y su letra, no es lógica, razonable, ni legal, y debe ser desechada.

¿Qué dice la ley? Que cuando de bienes inmuebles se trata, podrá practicarse el avalúo tomando como base las planillas del corriente año, de las Contribuciones.

Pues bien: si mi parte, al tenerse que hacer el avalúo, opta por el aforo para la Contribución del año corriente,—cumple la ley; y nada ni nadie puede privarle del derecho que legalmente tiene, de prescindir de la tasación, y elegir para tenerse como tal, la del aforo para la Contribución.

La circunstancia de que la venta haya dado un resultado mayor que el que arroja la Contribución, en nada puede hacer modificar la situación de los hechos, por cuanto la ley no ha previsto ese caso, ni ha hecho excepción alguna al principio general que establece el ya citado artículo 21.

La opinión fiscal viola la ley y coarta los derechos de mis representados. Mis patrocinados están dentro de los términos de la ley, al optar, para el avalúo, por el aforo de la Contribución,—y no se les puede negar ese derecho, que tan ligeramente les desconoce el señor Agente Fiscal de Rocha y la sentencia de que se ha recurrido.

Supongamos un caso contrario:—que la venta hubiera dado un resultado menor que el del aforo de la Contribución;—¿acaso el señor Agente Fiscal habría permitido que la liquidación se practicara teniendo en cuenta este precio? No:—seguramente, estando á los términos de la ley, habría pugnado por que se respetara el del aforo de la Contribución,—ya aceptado.

Pues, si en un caso se admiten los términos de una ley, debe aplicarse al otro, ya que la ley no hace distinciones, y es elemental que donde la ley no distingue, á nadie le es permitido hacerlo.

Hay algo más que revela lo arbitrario é infundado

del criterio fiscal. En estos autos, el inventario estimativo fué aprobado judicialmente, con la debida intervención fiscal. Si así es,—¿cómo, con qué razón ó motivo plausible, puede desconocerse un inventario estimativo, cuya aprobación ha pasado en autoridad de cosa juzgada?

Este desconocimiento arbitrario, nos lleva á las conclusiones ilegales que vengo analizando y combatiendo.

Si aquel inventario estimativo fué *aprobado* por estar ajustado á la ley, debe respetarse, y servirá de base, y tendrá todo su valor á los efectos de la liquidación de los derechos de herencia que se adeuden; y ningún hecho posterior, que no constituya una excepción legal al principio aceptado por el artículo 21 citado, puede modificarlo. De lo contrario, nos veríamos diariamente en la incertidumbre, pues si liquidados los derechos, los bienes son vendidos en remate ó particularmente, siempre la *voracidad* fiscal tendría el medio de perseguir esos bienes, acechando un mayor rendimiento.

La ley, ni el legislador, han pensado así: desean la estabilidad de los hechos.

Por eso establece reglas para la liquidación de los derechos; y una vez que el heredero, usano de sus derechos, elige para el avalúo el aforo, aún cuando los bienes después valgan más ó menos, esos ya son hechos que no alcanzan al consumado, y que beneficiarán ó no á los herederos, entrando en el terreno de la eventualidad de toda operación.

Aún más, señor Juez: en esta misma sucesión se hizo hasta el depósito de una cantidad de dinero que garantizara los derechos que pudieran adeudarse.

¿Cómo, pues, pueden desconocerse hoy todos estos hechos?

Es una monstruosidad jurídica el opinar de otro modo, y un profundo error del Inferior el aceptar tal criterio ilógico, ilegal y hasta abusivo.

Hay un solo caso que podría dar lugar á dudas, y este sería el caso de: «practicádose una tasación, después de haberse aceptado otra primera, teniendo en cuenta el aforo para la Contribución»; debido á que el artículo 21 de la ley respectiva dice: «cuando se haya practicado tasación judicial, se tomará ésta como base para el cálculo del impuesto».

Este es el caso que se publicó en LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, año XIV, número 15, que ha dado mérito al extravío de muchos criterios; pero para nosotros no tiene importancia, pues no es ese nuestro caso. En el caso presente, que motivan estas actuaciones, no hay más tasación que el aforo de la Contribución.

La venta en remate no constituye nunca una tasación; y la ley se ha referido en esa excepción muy discutible, á la tasación judicial.

Pero aún así, en este caso, que sería el más favorable para el criterio fiscal, existen opiniones contrarias, de los ilustrados doctores De-María, Berindague y Freitas, mencionados en la cita que he hecho de LA REVISTA DE DERECHO.

Y si esos Letrados opinan de ese modo en tal caso, es lógico y fundado deducir que su opinión debe ser más radical, en el caso *sub judice*, que no puede ofrecer dudas, estando á los términos y al espíritu de la ley invocada, ya que nada se establece al respecto que modifique el principio general que sanciona esta disposición.

He dicho también varias veces que el espíritu de la ley es el que vengo atribuyéndole, y así es.

Leyendo el informe de la Comisión de Hacienda de

la Honorable Cámara de Representantes, se advierte que el legislador ha dado al heredero contribuyente la facultad de optar, para el avalúo, por el aforo de la Contribución Inmobiliaria, deseando dar facilidades para simplificar el procedimiento y disminuir los gastos.

Luego, pues, si un heredero, usando de esa *disposición opcional*, elige el aforo de la Contribución para la avaluación de los bienes, nadie puede impedirlo, ya que la elección la hace usando de ese mismo derecho facultativo.

Y es bien sabido que quien sólo puede usar de una disposición facultativa, y hacer la elección de la regla ó el principio que se aplicará, es la persona ó personas á favor de quienes se ha establecido.

¿Por qué el señor Agente Fiscal, que no es la persona á cuyo favor se establece ese derecho, puede atribuírselo, y pretender invadir facultades de otros?

El señor Agente Fiscal es parte en las sucesiones, pero su intervención no puede llegar hasta pretender negar los derechos que acuerda claramente el artículo 21 citado, para obtener ventajas en favor del Fisco.

Tal proceder, meritorio si se ajustara á la ley, debe ser reprobado cuando se pretende ejercer violando sus términos y espíritu.

Y repito por última vez: nadie puede impedir que el heredero sea quien únicamente opte entre las facultades que le acuerda el artículo 21; y hecha la manifestación de que opta, para el avalúo, por el aforo de la Contribución, nadie tampoco puede anular su opción.

El heredero elige entre una ú otra forma de avaluación, la que más le convenga, y si después de aceptado el aforo, resulta ventaja en su favor, por un mayor precio que el que se le atribuye á los bienes, tiene derecho y es honesto que se aproveche de ellas; como tendría que sufrir los perjuicios de haber pagado mayores derechos si el valor de los bienes resultase menor que el del aforo que aceptó para el avalúo.

En conclusión, señor Juez: la ley es clara, y debe aplicarse según los términos que ella emplea. Desde que dice que el heredero puede optar para el avalúo por el aforo, y éste servirá de base para la liquidación de los derechos de herencia, una vez hecha esa opción no puede pretenderse que se varíe la regla que se elige, máxime si se tiene en cuenta que el mayor valor del bien no ha resultado de una tasación, sino de una venta judicial.

Admitir lo contrario sería sentar el precedente funesto, como el doctor Rivero lo ha dicho con toda razón y justicia en su bien fundado escrito de f..., de que no habría una regla fija de liquidación, sino que siempre se estaría á merced de un criterio antojadizo, caprichoso.

Pero no, no es así: la ley sienta una regla que en este caso tiene un carácter facultativo en favor del heredero, y por honor á ella y al respeto que se merece, debe cumplirse.

.....

SENTENCIA DEL SEÑOR JUEZ LETRADO DE LO CIVIL DE 3.º TURNO

Vistos: en segunda instancia el presente incidente venido al conocimiento de este Juzgado en virtud de apelación interpuesta contra la resolución de f. 315 y vuelta, dictada por el señor Juez Letrado Departamental de Rocha,—

Por los fundamentos aducidos por el Ministerio Fiscal en su precedente vista; y

Considerando: que habiéndose enajenado los bienes sucesorios antes de liquidarse y abonarse el impuesto de herencias, es inquestionable que en autos resulta evidentemente determinado el valor real de aquellos bienes; de lo que se infiere que en el caso, los postulantes no pueden legalmente pretender ampararse del artículo 21 de la ley de 30 de agosto de 1893, desde que como acertadamente lo establece el Ministerio Fiscal, si las ventas se hubieren realizado á menor precio que el determinado para la Contribución Inmobiliaria, no hubiera sido justo que á los herederos se les obligara á pagar el impuesto con arreglo á aquel aforo; luego, tampoco existe razón atendible ni justa, para pretender en el caso inverso, pasar por alto el precio efectivo que resulta de las ventas realizadas, para invocar la disposición del artículo 21 citado,—

En tal virtud, se confirma la resolución apelada, y tén-gase presente lo expuesto en el *otroso* de la precedente vista y devuélvanse.

Julio 31 de 1908.

Regules

El derecho de retención ⁽¹⁾

En el estudio de los derechos accesorios tendientes á asegurar el cumplimiento de las obligaciones, ocupa lugar preferente el *derecho de retención*. Este derecho lleva implícita la facultad de hacerse justicia por sí mismo, autorizando al acreedor para detener la posesión de la cosa de otro, y es, como desde luego se advierte, un medio eficaz de constreñir al deudor al pago de su crédito.

Guillouard define el derecho de retención en los términos siguientes: «Derecho real, indivisible, accesorio, en virtud del cual el acreedor puede conservar la posesión de un bien perteneciente á su deudor, ó á un tercero, hasta el pago íntegro de su crédito.»

El derecho de retención tiene su fundamento en la equidad natural. Sería efectivamente inicuo que el poseedor que ha mejorado ó conservado á sus expensas la cosa ajena, estuviera obligado á devolverla sin que al tiempo de la devolución se le pagaran los gastos hechos en la conservación ó mejora.

Todas las legislaciones antiguas y modernas han reconocido, con más ó menos amplitud, este derecho. Se encuentra en la legislación India y en la de la Grecia antigua. No tuvo cabida en el Derecho Romano primitivo, porque informadas las instituciones del *jus quiritium* por un exagerado formalismo, no podía encontrar lugar en el *corpus juris*, una institución jurídica basada únicamente en la equidad. Pero extendida la esfera de acción del derecho por las decisiones de los pretores, fué arraigada en Roma tan importante institución, y trasplantada después á todos los pueblos que han recibido la saludable influencia de su derecho inmortal.

El propietario que intentaba en Roma la acción reivindicatoria, reclamando la cosa que le pertenecía, era rechazado por una excepción de dolo, gracias á la cual el poseedor no estaba obligado á la devolución, mientras no

se le indemnizaran los gastos hechos. Esta excepción era anexa á la calidad de demandado, y por consiguiente á la del poseedor, y sólo tenía lugar en los casos en que la acreencia había nacido con ocasión de la cosa *debitum cum re junctum*. El pretor estimaba que la conducta del deudor al reclamar la cosa de su propiedad, sin verificar previamente el pago del crédito ligado á ella, envolvía dolo manifiesto de su parte, y otorgaba al acreedor la excepción de ese nombre, por medio de la cual los pretores permitían al poseedor deducir un hecho nuevo, frente á frente de la demanda, que sin negar el derecho del propietario paralizaba el curso de la acción interpuesta.

Destruída la dominación romana, el derecho de retención no prevalece en las legislaciones de los pueblos bárbaros, incapaces de comprender su fundamento.

El derecho español contiene diversas leyes autorizando al acreedor para conservar en su poder la cosa que detiene y debe entregar á su deudor. Así, el que posee una cosa ó heredad y tiene que restituirla á su verdadero dueño, puede retenerla ó guardarla en su poder, hasta que éste satisfaga las mejoras necesarias que hubiese hecho en ella. *Aquel que las desamparas ficiere que sean menester de facerlas, que las debe ó puede cobrar demientras que fuere tenedor de la cosa... é non gela debe entregar al dueño fasta quel dé lo que desprendió en esta razón* (Ley 44, título 28, Partida 3.ª). El comodatario puede retener la cosa que se le dió en comodato hasta que se le paguen las expensas extraordinarias que hubiere hecho para su conservación... *recibiendo alguno de otri, cavallo, ó otra cosa semejante, emprestada; decimos que uego que el servicio fuese fecho, o el tiempo sea cumplido, tenudo es de la tornar á su señor: e no la puede tener ende en adelante como raxon de prenda, magier aquel que gela auia prestada, la ouiesse á dar alguna bedda, ó otra cosa; fueras ende, si da debda fuesse por pro o por raxon de aquella cosa mesma, que recibió prestada*.... *Ca entonce bien la puede tener fasta que sea entregado de la despesa que fizo en la cosa prestada*. (Ley 9.ª, título 2, Partida 5.ª).

La facultad atribuida al acreedor de retener la cosa ajena no existió como institución legislativa en el derecho francés antiguo, pero la doctrina y la costumbre le dieron carta de naturaleza, consagrando su aplicación, en innumerables casos, las decisiones judiciales de la época. Más tarde, el Código Napoleón proclamó el derecho de retención sin elevarlo á la categoría de institución jurídica independiente. El Código italiano representa un progreso sobre el Código francés, aunque tampoco ha agrupado y ordenado metódicamente las disposiciones referentes. El Código federal de las obligaciones, de Suiza, el Código argentino, el Código alemán y el Código del Japón han realizado en este punto una verdadera novedad al sujetar sus disposiciones relativas al derecho de retención, á un régimen especial que permite reconocerlo fácilmente por sus caracteres, y aplicarlo en todos los casos en que pueda existir, sea que se encuentre consagrado expresamente por la ley, ó no.

No es, sin embargo, como pudiera creerse, uniforme el criterio seguido por estos códigos, cuyos preceptos difieren notablemente al establecer la naturaleza y efectos del derecho de que tratamos.

Respecto de la naturaleza del derecho de retención, hay tres opiniones diversas.

Algunos autores sostienen el sistema de la personalidad. Esta opinión es apoyada principalmente por Troplong y Laurer. Es un principio incontestable, dice Lau-

(1) De «El Derecho», del Perú.

rent, que los derechos reales que afectan los inmuebles llevan consigo la acción persecutoria. ¿El derecho de retención autoriza el ejercicio de esta acción? No; esto es evidente, desde que el derecho que la ley concede al acreedor, consiste únicamente en retener la cosa.

Troplong, por su parte, considera el derecho de retención como una simple excepción opuesta contra el deudor, á fin de ponerse al abrigo de su mala fe.

Este sistema se acoge á la tradición romana. Es evidente que el derecho de retención ostenta en Roma un carácter puramente personal como resultado de la forma en que debía ejercitarse. La excepción de dolo era personalísima, y por consiguiente no podía oponerse á terceros sin desnaturalizar su fundamento. Sostener que el derecho de retención presenta en Roma un carácter real, dice Glasson, es ponerse en contradicción flagrante con los principios más elementales del procedimiento romano.

La segunda opinión proclamada por Aubry y Rau, admite, como la anterior, que el derecho de retención tiene carácter personal, pero sostiene, no obstante, que puede oponerse á terceros. «A nuestro parecer», exponen los autores citados, «la clasificación de derecho real es inexacta; por una parte, el carácter propio de los derechos reales, es llevar consigo una acción persecutoria, y por otra, un derecho no es real simplemente porque se pueda oponer á terceros en determinadas circunstancias».

La tercera opinión sostiene la realidad del derecho de retención. Guillaouard figura en primera línea entre los partidarios de este sistema. El derecho de retención—dice—no es útil sino á condición de ser real, y susceptible por ende de oponerse á terceros. Si el propietario del bien gravado no tiene otros acreedores, el retenedor no necesita ejercitar evidentemente su derecho. El derecho de retención presenta utilidad en el momento en que el retenedor se encuentra en conflicto con otros acreedores. Sostener, pues, que el derecho de retención no se puede oponer á terceros, equivale á hacer quimérico é ilusorio este derecho.

Los partidarios de esta doctrina añaden: si el derecho de retención no se puede hacer valer contra terceros, el deudor de mala fe puede eludir fácilmente la acción de su acreedor, enajenando la cosa sujeta á detención.

Ninguna de estas opiniones puede considerarse exacta. Es un error pretender clasificar todos los derechos dentro de los términos establecidos por el derecho romano. Aunque muy sabia la legislación romana, presenta deficiencias de forma y de fondo, y no es acertado, por lo mismo, resolver en conformidad con sus principios todos los problemas jurídicos que pueden presentarse.

El derecho real crea una relación entre las personas á la cual ese derecho se refiere, y otra que se obliga hacia ella por razón de una cosa ó de un hecho cualquiera; de modo que se encuentran en la obligación personal tres elementos: la persona que es sujeto activo del derecho—acreedor; la persona que es sujeto pasivo—deudor; y la cosa ó el hecho que es el objeto de la obligación. En el derecho real hay dos elementos solamente: la persona sujeto, y la cosa que le está sometida.

En el derecho real existe un poder directo sobre la cosa. En el derecho personal no existe ningún poder sobre la cosa. Así, cuando se me debe una suma de cien libras, no puedo reclamarla sino del obligado. El derecho personal es un título para adquirir la cosa, mientras que el derecho real produce un verdadero imperio sobre

la cosa. La existencia de los derechos reales se explica mejor por una ficción. Si el deudor es una cosa, el derecho es real. Cuando soy propietario de un bien, mi derecho es real, porque ese bien está sometido á mi dominio. Si tengo derecho de apoyar un poste en vuestro muro, mi derecho es real, porque ese beneficio me lo proporciona vuestro muro. Pero si os obligáis á labrar mi campo, mi derecho será personal, porque ese beneficio me lo debéis proporcionar vos mismo.

El derecho real tiene por correlativo una obligación general y negativa, una obligación que no está impuesta á determinada persona, sino á todas; es un derecho absoluto, porque se puede oponer á todos. El derecho personal, al contrario, tiene por correlativo una obligación impuesta á una ó más personas individualmente determinadas.

Los derechos reales implican invariablemente preferencia. Así, cuando una cosa está obligada á mi favor, su propietario no puede, sin mi consentimiento, obligarla ó enajenarla á un tercero en perjuicio mío: los derechos constituidos con posterioridad al mío son ineficaces.

Los derechos reales llevan consigo finalmente una acción persecutoria. Así, mi deudor enajena una cosa que está hipotecada en favor mío; pues bien, el tercer adquirente está obligado á soportar pasivamente los efectos de mi derecho sobre la cosa.

El derecho de retención presenta caracteres especiales.

Se origina por una especie de condominio. El poseedor que ha mejorado ó conservado la cosa de otro, tiene un derecho incontrovertible en la cosa misma, el derecho que emana de haber aumentado su valor. Sin embargo, el detenedor no puede disponer de la cosa ni de sus frutos, ni aplicar éstos últimos en parte de pago de su crédito. Puede oponerse á terceros como los derechos reales, pero no determina como éstos, preferencia sobre otros acreedores. Se extingue, por vía de consecuencia, con la pérdida de la posesión, si bien el retenedor goza de las acciones derivadas de los interdictos de perturbación y despojo. Su existencia, por último, no es incompatible con otra garantía, *verbi gratia* la hipoteca, por la forma especial en que se ejercita: el derecho de retención exonera al acreedor de las molestias de un litigio, y le permite mantenerse en una situación enteramente pasiva, tan eficaz como la acción misma, ó mejor dicho, y aunque parezca paradoja, permitiéndole exigir pasivamente, negativamente, el pago de su crédito.

Debe, pues, admitirse que el derecho de retención no puede comprenderse ni entre los derechos reales, ni en el número de los derechos personales; que es un derecho *sui generis* con los efectos que emergen de su propia modalidad.

Uno de los caracteres del derecho de retención es su indivisibilidad. Siendo una garantía para el acreedor, debe subsistir hasta que se verifique el pago por entero, pudiendo decirse con fundamento, á propósito de este derecho, que le son aplicables las reglas que gobiernan la hipoteca. El principio á que hago referencia está formalmente consagrado por el código del Japón en la siguiente fórmula: «Si el acreedor no ha conservado en su poder sino una parte de las cosas sujetas á retención, la parte que conserva garantiza todo el crédito. En sentido inverso, el acreedor ó sus herederos pueden retener, hasta que se verifique el pago final, todos los objetos sometidos á su derecho, aunque hayan sido pagados en parte por el deudor ó sus herederos.» (Artículo 1097).

Los requisitos para que el derecho de retención exista son tres.

El primero y primordial es la existencia de un crédito á favor del poseedor y en contra del que reclama la devolución de la cosa. Como se advierte, el crédito debe ser cierto, porque los derechos no son medios ideados por la ley para amparar el capricho ó la arbitrariedad, y ser igualmente exigible, esto es, actual. No es necesario que la deuda sea líquida, porque puede ser liquidada con la intervención del juez. Debe el acreedor encontrarse en posesión del bien que pretende detener; de lo cual se infiere que el derecho de retención se aplica indistintamente á toda clase de bienes, sean muebles ó inmuebles, sin más limitación que la de ser corporales. Por consiguiente, no se aplica á los créditos, que no son bienes susceptibles de posesión material. Debe haber, por último, entre el crédito y la cosa, una relación de conexidad, ó en otros términos, es necesario que la deuda se origine por razón, por causa ó con ocasión de la cosa.

Muy interesante es la cuestión relativa á precisar en qué casos puede ejercitarse el derecho de retención.

Conforme á un primer sistema, no existe este derecho sino cuando la ley lo establece de un modo claro y concluyente.

Esta opinión se funda en que toda preferencia entre acreedores significa excepción á la regla que establece la igualdad como criterio para el pago. Importando el derecho de retención un privilegio en favor del detenedor, no debe sancionarse su existencia sino en los casos previstos por la ley. Para los defensores de este sistema, que cuentan en su apoyo con la autoridad de Larombière, el derecho de retención tiene cabida en los contratos bilaterales, porque su ejercicio puede reputarse comprendido dentro de la teoría de la resolución tácita.

Pero el derecho de retención no es propiamente un privilegio.

Cuando varios acreedores concurren contra un mismo deudor, todos tienen el mismo derecho para ser pagados. En buena doctrina, ninguno puede ser excluido. Si los bienes del deudor no fueran bastantes, parece que el reparto á prorrata sería la solución que la equidad apoya y la filosofía preconiza. Este principio general no sufre restricciones en el orden abstracto y absoluto. En el orden concreto y relativo se reconocen entre algunos acreedores ciertos motivos que se consideran como causa de legítima preferencia.

Entre la retención y el privilegio hay una diferencia muy notable.

La preferencia tiene lugar en todos los casos, es decir, aunque la cosa gravada con el privilegio se haya convertido en dinero, ó importando poco para sus efectos que la cosa afecte á privilegio haya sido vendida á instancias del acreedor privilegiado, ó á instancias de otros acreedores: en uno ú otro caso el privilegio produce todas sus consecuencias. No sucede lo mismo en el derecho de retención, el cual no puede ejercitarse sino mientras existe la cosa en poder del acreedor.

Conforme á una segunda opinión, el derecho de retención no debe ser restringido á las hipótesis previstas por la ley; pero tampoco puede ser admitido tan sólo porque exista un crédito unido á la cosa.

Dentro de esta opinión basta para justificar por analogía la existencia del derecho de retención, que la detención se refiera á una convención, ó á lo menos, á un cuasi-contrato, y que la deuda anexa á la cosa retenida haya nacido por ocasión de esa convención, ó de ese cuasi-contrato. Cuando las condiciones indicadas en los textos legales aparecen reunidas, la posición respectiva

de las partes presenta una analogía perfecta con la situación que se encuentra en los casos en que el derecho de retención está formalmente admitido por la ley, y la extensión de este derecho se justifica entonces por el principio de que el que reclama la ejecución de una convención, no puede hacerlo sino á condición de llenar por su parte las obligaciones que ha contratado, ó que han nacido por ocasión de esa convención. Esta teoría está consagrada legislativamente por el artículo 3974 del Código argentino, que dice: «Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda anexa á la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, ó de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella.»

A este sistema, patrocinado por Aubry y Rau, puede ligarse la opinión de Demolombe, quien admite de una manera general y absoluta el derecho de retención siempre que exista entre las partes vínculo contractual, acordando á los Jueces la extraordinaria facultad de reconocer ese derecho, á falta de convención entre las partes, en los casos que juzguen en consonancia con la equidad.

Parece, sin embargo, más aceptable la opinión que consiste en sostener que el derecho de retención debe aplicarse siempre que haya conexidad entre el crédito y la cosa, con prescindencia absoluta de la naturaleza del vínculo jurídico que pueda existir entre las partes. Esta solución ha sido adoptada por el artículo 224 del Código Federal de las obligaciones, de Suiza. Reposa esta opinión en el fundamento mismo del derecho de retención, en esa amplia idea de equidad que gobierna en el derecho moderno las relaciones jurídicas y que no permite que sea despojado de una garantía natural aquel que con su capital, ó mediante su esfuerzo, ha introducido un mayor valor en la cosa de otro.

Avanzando más todavía en este orden de ideas, el Código de Comercio alemán, en su artículo 313, acuerda el derecho de retención en materia mercantil en todos los casos en que existan relaciones de negocios entre el detenedor y el dueño de la cosa, sin tomar en cuenta el carácter de conexidad entre el crédito y la cosa.

El derecho de retención afecta la forma contractual en los casos especiales de la prenda y la anticresis. En el primero, el acreedor tiene privilegio para ser pagado con el precio de la cosa, antes que los demás acreedores, sea cual fuere el título que cada uno invoque. En el caso de la anticresis, el acreedor no puede invocar como efecto natural del pacto, ninguna preferencia á su favor. De manera que el acreedor pignoraticio, sin daño de su parte, puede promover cuando le plazca la venta de la prenda, desde que el precio de la subasta se aplica en su favor hasta la concurrencia de su crédito. El acreedor prendario asocia, pues, la preferencia que se deriva del privilegio, á la posesión de la cosa, á diferencia de lo que sucede en los demás casos ordinarios en que el derecho de retención tiene lugar. El simple retenedor cuenta evidentemente con una garantía, porque lo es, sin disputa, la posesión material de la cosa que pertenece á su deudor; pero todas sus ventajas desaparecen y se extinguen en el momento mismo en que trata de realizar la cosa sujeta á su derecho: en ese acto su condición se transforma, poniéndose en un pie de igualdad con los demás acreedores de su deudor.

Esta modalidad de la prenda permite reconocer con mayor exactitud si cabe, el carácter propio del derecho de retención, que si bien es una garantía, no constituye una causa de preferencia directa.

Nuestro Código Civil reconoce de un modo expreso

el derecho de retención legal, al tratar de la compraventa, en los artículos 1378, 1379, 1380, 1381, 1383 y 1406, como medio de garantía a favor del vendedor, mientras no se le pague ó avance á su satisfacción el precio de la venta; y al tratar de las mejoras, en el contrato de locación-conducción, por el artículo 1628. El Código de Comercio admite el mismo derecho en el título de la comisión. El artículo 270 dice: «Ningún comisionista podrá ser desposeído de los efectos que recibió en consignación sin que previamente se le reembolse de sus anticipaciones, gastos y derechos de comisión.» También reconoce el Código de Comercio el derecho de retención en el contrato de transporte, al establecer que los efectos porteados están especialmente obligados en favor del porteador. La ley de expropiación de 1900 reconoce igualmente el derecho de retención por aplicación de los principios que dominan el contrato de compraventa. (Artículo 19). Finalmente, hay un caso de retención en el artículo 992 del C. de E.

No existe ninguna otra disposición legal en que se sancione de un modo expreso el derecho de retención; pero no es dudoso que debe extenderse su aplicación, por razón de analogía, á los demás casos ó situaciones legales en que exista conexidad entre el crédito y la cosa: tal sucede, por ejemplo, en el mandato, en el comodato, el depósito, el contrato de trabajo en sus múltiples manifestaciones, y en general, siempre que, á falta de contrato ó cuasi-contrato, un hecho cualquiera origine la aplicación de los principios en que se funda su existencia.

En conformidad con las ideas descriptas, el derecho de retención no está sujeto á la formalidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Desde luego, la ley de 28 de enero de 1888 no se ocupa del derecho en referencia; y aunque la circunstancia de ser el derecho de retención susceptible de oponerse á terceros, pudiera inducir á sostener la opinión afirmativa, juzgamos que la inscripción no debe considerarse como requisito indispensable por las razones siguientes: 1.ª el derecho de retención puede referirse no sólo á bienes inmuebles, sino también á cosas muebles; 2.ª la garantía de publicidad se satisface ampliamente por el hecho mismo de la posesión, sin necesidad de otro requisito complementario; 3.ª el derecho de retención no es causa de preferencia, ni importa otra cosa que el reconocimiento de un derecho natural, cuyo ejercicio no lesiona el interés de terceras personas que no pueden, en ningún caso ni por ningún motivo, estar colocadas en situación más ventajosa que la que correspondería legalmente al deudor que enajene ó grave el bien afecto á retención.

MANUEL AUGUSTO OLAECHEA,
Peruano.

Proyecto de Ley de Marcas para la República del Ecuador

Las cuestiones sobre marcas de fábrica son estudiadas con el mayor empeño en los Estados Unidos de América, y el proyecto que hoy publicamos es el resultado de las doctrinas dominantes en la gran República.

La materia es entre nosotros de actualidad.

Solicitud y comentario

Al Excmo. señor Presidente y al Congreso de la República del Ecuador.

La United States Trade Mark Association, tiene el honor de presentar para la consideración de ese Supremo Gobierno, lo siguiente:

La United States Trade Mark Association es una asociación de fabricantes y otros, dueños de marcas de fábrica, radicados principalmente en los Estados Unidos, é incluyendo también ciertas casas importantes en la Gran Bretaña, Alemania, Austria-Hungría, Canadá y las Indias Occidentales Inglesas. El propósito de la Asociación es el proteger los intereses sobre marcas y nombres de las casas que representa, y promover el mejor desenvolvimiento de sus relaciones en el extranjero.

Estas casas están interesadas extensamente, casi sin excepción, en el comercio extranjero, comprendiendo entre éste el de la República del Ecuador. En la extensión de nuestro comercio en los países hispano-americanos, nuestros fabricantes y comerciantes han tropezado con serias dificultades debido á la índole de las leyes vigentes sobre registros de marcas, las cuales son radicalmente distintas á las de los Estados Unidos. En este país, el derecho á una marca depende de la prioridad de su uso, independiente del registro de la misma. El registro de la marca solamente confiere el derecho de invocar los remedios prescritos por la ley y aplicables á los casos de contravención, concediendo constancia *prima facie* del título, el cual podrá ser anulado de comprobarse el uso anterior de la marca por otro que el que la registró. Además, en los Estados Unidos no es permitido registrar una marca hasta que el solicitante haya hecho uso de ella, y el derecho á la marca rige solamente durante el período de su uso, se pierde si se abandona, esté ó no registrada, ó si ha ó no caducado. Según esta ley, se verá que el uso, y no el registro, es lo que constituye la propiedad. El registro de una marca no es esencial para obtener la propiedad de ella, y no se pierde este derecho por omitir su inscripción, en cuyo caso el dueño solamente se priva de las garantías que la ley concede á esta propiedad.

A menudo ha ocurrido que dueños de marcas domiciliados en los Estados Unidos, teniendo únicamente presente la ley de su país, han buscado para sus productos mercados extranjeros, sin primeramente tomar la precaución necesaria para la protección de sus marcas en esos países. En casos de esta índole, es de notar, que en casi todos los países hispano-americanos se facilita la práctica de graves abusos de esta naturaleza. Casi sin excepción, las leyes de esos países reconocen el título de una marca á favor del que primeramente la haya registrado en el país, sin tomar en consideración si ha sido usada antes por el solicitante en ese ó otro país, y sin tomar en cuenta tampoco si tiene intención de usarla en lo sucesivo, ó si trafica de buena fe en el artículo para el cual solicita el registro, é ignorando además, si la marca ha sido ó no usada posteriormente por otro. Sucede, pues, en muchos países, y en un sin número de casos, que marcas usadas por sus dueños por años, é identificadas con negocios de millones de pesos anuales—llegando hasta ser de valor incalculables á los interesados—han sido apropiadas por individuos poco escrupulosos que se proponían beneficiar de la reputación adquirida por dichas marcas.

Esta Asociación por experiencia propia, conoce fabricantes americanos que han incurrido en grandes gastos para la introducción y anuncios de sus mercancías en uno de estos países, y encontrarán que en cuanto se había creado una demanda de sus productos, sus marcas habían sido registradas por sus agentes bajo sus propios nombres, á quienes habían confiado la venta de la mercancía. Estos registros han sido usados por los agentes para obligar de los legítimos dueños el pago del dinero, como alternativa de excluir del país la mercancía, y así efectuar la consiguiente confiscación del negocio. Según las leyes de muchos Estados, no hay medio de obtener reparación por esta injusticia, porque el derecho exclusivo á una marca pertenece al primero que la hubiere registrado.

Sabemos de un caso notorio en que una casa francesa registró legalmente su marca en la República Argentina, pero omitió hacer la renovación al fin del período original de diez años. Un empleado que había sido despedido, aprovechándose de esa omisión, efectuó el registro de la marca en su propio nombre. En vista de esto, la casa aludida procuró obtener la cancelación del registro, pero el Tribunal federal de la Argentina decidió que los derechos del primer registrante habían cesado debido á no haber hecho la renovación, y que los derechos del antiguo empleado, á la marca, no podían ser atacados.

La República de México fué el primer país hispano-americano que abandonó estas condiciones, y que estableció hasta cierto punto, la protección de su comercio contra la rapacidad de los imitadores. En 1889 se decretó en México una ley de marcas que estipulaba que el que primero hiciese uso de una marca es el único que tiene derecho á adquirir su propiedad, y hasta hoy rige en esa República dicha ley. La ley mexicana concede al dueño legítimo de una marca, ó sea al que primero la haya usado, el derecho de oposición á las solicitudes indebidamente, así como también el de pedir cancelaciones de registro de la misma índole.

En la República del Uruguay en el año de 1896, y en obediencia á las quejas de los dueños de marcas extranjeras, cuyas marcas habían sido registradas por terceros sin autorización para ello, se decretó: que tales registros deberían ser cancelados á solicitud del dueño legítimo de la marca, reconociendo así los derechos del primero que haya hecho uso de una marca, en cuanto se refiere á marcas extranjeras. Según este decreto, cuando un tercero registra indebidamente una marca extranjera, el dueño verdadero podrá solicitar el registro de la misma bajo su propio nombre, y pedir la cancelación del registro indevido, lo cual decretará una vez comprobada la propiedad.

La ley de Colombia sobre marcas, establecida en diciembre de 1900, provee: que sólo el que primero haga uso de una marca tiene derecho á adquirir por registro la propiedad de ella. Registros efectuados bajo esta ley son sin perjuicio de tercero, quienes podrán acudir á los tribunales para establecer su mejor derecho.

Habiéndose convencido los intereses comerciales en la Argentina, de la necesidad de corregir los graves abusos que se llevan á cabo bajo los estatutos de aquella República, creóse una Comisión en 1905 para revisar las leyes sobre marcas, nombres y patentes de invención. Esta Asociación sometió á la Comisión una relación detallada, incorporando en ella comentarios acerca de la ley vigente, y que se proyectaba establecer, haciendo indicaciones para su mejoramiento, las cuales son, en esencia, las mismas que ahora presentamos.

La Comisión tomó en consideración nuestras indicaciones, y presentó al Congreso en 1907 un proyecto de ley de marcas, el cual hasta cierto punto corregirá los males arriba citados.

A excepción de lo expuesto, las leyes de los países hispano-americanos y el Brasil están de acuerdo, en cuanto que reconocen á favor del primero que registre una marca, la propiedad absoluta de ella, y desatienden el derecho del dueño ó del que use la marca, sea ésta extranjera ó del país, si primeramente no se hubiere efectuado su registro.

Favoreciendo esto á los falsificadores, han hecho negocios lucrativos; casas europeas han abastecido á los países de Centro y Sud América con imitaciones inferiores de mercancías conocidas, cuyas marcas no están debidamente protegidas por las leyes de esos países.

Se puede comprender fácilmente, que bajo tales condiciones, el comercio legítimo está en posición muy desventajosa, porque estas condiciones especiales en las leyes de esos países ofrecen una vasta y buena remuneración en los casos á que nos hemos referido, de fraudes descarados y actos de piratería, cometidos sin restricción. No sólo es injusto para el fabricante ó comerciante, que á grandes esfuerzos y gastos ha establecido su derecho á la marca, sino que es imprudente é indiscreto, por perjudicarse en los países extranjeros, los intereses comerciales del país donde se verifica el fraude, porque evita el debido desenvolvimiento de su negocio con aquellos países. Tampoco están estas leyes de acuerdo con las opiniones é ideas del comercio de países modernos. Ya hemos hablado más arriba sobre la ley de los Estados Unidos de América, y la de la Gran Bretaña, y creemos que sin excepción, las de todas las colonias inglesas reconocen con preferencia los derechos de los que primero hayan hecho uso de una marca, proviendo procedimientos para la cancelación de un registro hecho por otro que no sea el verdadero dueño. Así es la ley en España, Francia, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia, Grecia, Bulgaria, Rumania y Egipto, prescribiendo en muchos de los casos un límite, en el cual se podrá pedir la cancelación de un registro indevido.

En estos tiempos, cuando los intereses comerciales modernos hacen prácticamente un mercado de todo el mundo, parece ser indispensable el que toda nación progresista elimine de sus leyes un método tan limitado de establecer la propiedad de una marca, como es el de concederla al primero que la registre. Los principios de justicia y de un sistema comercial sano, exigen que se adopte la regla de que es dueño de la marca el primero que la use, por ser él quien con su trabajo y á fuerza de gastos la ha hecho valer,—deberá ser reconocido y protegido en todo el país, de acuerdo con el derecho civil.

En la preparación de la presente ley que proponemos, se ha adoptado ese principio como base de la legislación, y se define el dueño de una marca, aquel que primero la haya usado para distinguir sus artículos (artículo 9); pero los derechos que le corresponden están sujetos á las otras prescripciones de esta ley, según las cuales, no podrá gozar el dueño de una marca de las facultades y garantías que ella ofrece, á menos que haya registrado su marca de acuerdo con sus prescripciones. El resultado de esta disposición es que, aunque la propiedad de una marca no se lesiona ó perjudica por no haberla registrado en el Ecuador, los derechos que de ella nacen no surten efectos hasta que no haya cumplido el dueño con el reglamento sobre registros. No

hay en esta ley que proponemos, disposición que sea más importante, en vista de que es un principio fundamental de equidad y justicia, y está de acuerdo con la constitución política de la República, que garantiza la propiedad.

Los extranjeros, así como los ciudadanos del Ecuador, perciben sin distinción igual beneficio (artículo 3). Las manufacturas del Ecuador son limitadas, su principal industria es la agrícola, y probablemente pasará algún tiempo antes de que aquéllas lleguen á desarrollarse. Así, pues, por algún tiempo al menos, obtendrá en otros países la mayor parte de los artículos manufacturados que use, y como la ley de marcas tiene que ver principalmente con esa clase de mercancía, se comprende que es tan necesaria la protección de marcas extranjeras como la de las del país. Las consecuencias de esta ley respecto del comercio extranjero sería evitar la competencia desleal entre la mercancía legítima y la imitada, ya sea directamente ó por mediación de comerciantes del país.

Se sabe que los casos de falsificaciones de marcas en esa república han obedecido á la iniciativa de comerciantes extranjeros, los que han importado mercancías falsificadas en competencia con las legítimas, valiéndose ya sea de la codicia del comerciante del país, ó de las necesidades del Ecuador, para vender al comprador un artículo de calidad inferior, en vez del que busca y cree está recibiendo. El uso indebido de una marca ó la imitación fraudulenta de la misma, es una injuria al público que compra, así como al dueño de la marca; es la manera como el comprador poco escrupuloso obliga al consumidor á recibir lo que no desea, generalmente muy inferior en calidad, y muchas veces hasta peligrosamente adulterado. La protección de la propiedad de una marca es, por lo tanto, asunto de protección para el público, y además, una medida beneficiosa al comercio extranjero, lo que no puede por menos que redundar en beneficio del país, desde que su negocio depende casi enteramente del comercio extranjero. Cualquier perjuicio á ese comercio significa, también, perjuicio á los países que se sirvan de él. Su protección, pues, es medida sabia y prudente.

Hoy nos parece muy conveniente y oportuno poner en vigencia una nueva ley de marcas, porque el Ecuador se encuentra ante los ojos del mundo entero, en vista de su propósito de tener una Exposición con el fin de celebrar el primer centenario de la República. No puede haber ocasión más oportuna que ésta, en vísperas de tan fausto acontecimiento, para que la República ocupe su lugar entre las naciones progresistas del mundo. Tampoco pudiera ella hacerlo de manera más eficaz, que estableciendo una ley de marcas, de méritos tales entre las de las repúblicas hispano-americanas, que obtenga para el país la confianza y admiración de todas las naciones extranjeras con que comercia. Tal proceder será prueba evidente de la sabiduría de sus gobernantes, de la inteligencia de sus legisladores, así como de la rectitud comercial que da como ejemplo á sus propios ciudadanos y á los extranjeros que habitan el país.

Sometemos, pues, á la consideración de ustedes el adjunto proyecto de ley para su adopción si á bien lo tienen, lo que hacemos en nombre de la industria americana, que no espera sino justicia de vuestra parte, así como en nombre del pueblo ecuatoriano, cuya protección contra los abusos de los comerciantes poco escrupulosos tienen ustedes á su cargo.

Aún cuando no pretendemos que la ley sea perfecta en todas sus partes, ha sido preparada con el mayor cui-

dado posible, y abrigamos la esperanza de que se adopte, y que ese día sea memorable para el Ecuador, y contribuyendo dicho acto de justicia á colocar á la República en el puesto que debidamente le corresponde entre las otras naciones.

Con sentimientos de alta consideración y respeto hacia el señor Presidente y el Congreso de ese país, y con muestras de nuestra más sincera amistad hacia el pueblo ecuatoriano, felicitamos de parte de nuestra Asociación á la República del Ecuador y á sus altos funcionarios, por el éxito obtenido durante su primer centenario, seguros de que por sus hechos, se encontrará la República considerablemente adelantada al principio de su segundo centenario.

Agosto 10 de 1908.

P. THE UNITED STATES TRADE MARK ASSOCIATION,

Arthur Wm. Barber,
Secretario.

ApoDERADO para Ecuador,
Dr. Julio Hidalgo Z.

LEY DE MARCAS

CAPÍTULO I

Preliminares

Artículo 1.º Marca, es todo signo, emblema, palabra, frase ó designación especial y característica, usada para distinguir artículos y denotar su procedencia.

Art. 2.º Artículo, es todo producto industrial.

Art. 3.º Toda persona, natural ó jurídica, nacional ó extranjera, tiene derecho á distinguir sus artículos por medio de marca y á registrarla conforme á esta ley.

Art. 4.º Las marcas son nacionales ó extranjeras:

Son nacionales, cuando se usan en artículos elaborados en la República;

Son extranjeras, cuando se usan en artículos elaborados fuera de la República.

Tanto las marcas nacionales como las extranjeras, están sujetas á las disposiciones de esta ley, y gozan de los mismos derechos.

Art. 5.º Una marca puede consistir en todo lo que no esté prohibido por esta ley, y que sirva para distinguir unos artículos de otros, idénticos ó semejantes, pero de diferente procedencia.

Art. 6.º No podrán ser registradas como marcas:

- 1.º Letras, palabras, nombres, escudos, emblemas ó distintivos que use la nación ó las municipalidades, ó bien estados ó ciudades extranjeras.
- 2.º La forma ni el color del artículo.
- 3.º Términos ó expresiones generales usadas para designar un artículo; ó que no presenten carácter de novedad con relación al artículo con el cual se usen.
- 4.º Designaciones que, generalmente, se usan para indicar la naturaleza del artículo, su clase ó calidad.
- 5.º Expresiones ó dibujos inmorales.
- 6.º El nombre de una persona natural ó jurídica, si no se presentare bajo una forma peculiar y distintiva.

- 7.º Una marca ya registrada, ó usada por otro, ó semejante á ella, si estuviere destinada á artículos de la misma naturaleza.
- 8.º El nombre ó retrato de una persona, sin el consentimiento de ella, ó de sus herederos, si hubiere fallecido.
- 9.º Nombre geográfico, cuando constituya la parte esencial de la marca. Puede usarse únicamente, para indicar la procedencia del artículo. Podrán registrarse los nombres de localidades de dominios privados, pero sólo por sus dueños.

CAPÍTULO II

Uso y propiedad de la marca

Artículo 7.º El uso y la inscripción de una marca es voluntario, pero será obligatorio cuando el bien público lo requiera.

Art. 8.º Una marca podrá ser usada sobre el artículo mismo, ó en las envolturas ó paquetes que lo contengan.

Art. 9.º Es dueño de una marca quien primeramente hubiere hecho uso de ella para distinguir sus artículos, pero la marca no gozará de los derechos y garantías que concede esta ley, si no fuere inscrita.

Art. 10. La propiedad de una marca consiste en el derecho á usar de ella, exclusivamente, para los artículos á que se destina, y para otros semejantes.

La marca deberá, necesariamente, usarse en el artículo para que se destina; si no se usare dentro de un año, contado desde la inscripción, ó si se dejase de usar por un año, caducará.

Si la marca es extranjera, no es necesaria la importación del artículo al Ecuador, y no caducará, si cumpliere fuera de la República, con lo dispuesto en el inciso anterior.

Art. 11. Una marca puede heredarse y enajenarse.

Art. 12. La marca sólo podrá ser traspasada junto con la industria á que pertenece el artículo para el cual se destina; y la venta de la industria comprenderá la de la marca, salvo estipulación contraria. Todo traspaso de una marca registrada deberá inscribirse en el Registro; si no se hiciera, no tendrá valor alguno.

CAPÍTULO III

Del registro é inscripción

Artículo 13. El Registro de marcas continuará bajo la dirección del Ministro de Hacienda.

Art. 14. La inscripción de una marca puede solicitarse personalmente ó por medio de apoderado. El carácter de apoderado para la inscripción ó renovación de una marca se podrá comprobar con una simple carta-poder, firmada ante dos testigos. El Ministro, cuando lo crea conveniente, podrá exigir la ratificación de las firmas de dicha carta.

Art. 15. La solicitud sobre inscripción se presentará al Ministro de Hacienda.

A la solicitud acompañará:

- 1.º Poder, si compareciere por medio de apoderado.
- 2.º Veinte ejemplares de la marca.
- 3.º Un clisé de la marca. El largo ó ancho del clisé no podrá ser menor de 15 mm., ni mayor de 100 mm., y su altura deberá ser de 20 á 30 mm.

Cuando una marca esté constituida por varias partes separadas, se remitirá un clisé por cada una de ellas.

4.º Un recibo de la Tesorería Fiscal, en el cual conste que ha pagado los derechos prescritos en esta ley.

5.º El consentimiento por escrito en el caso del número 8 del artículo 6.º Este consentimiento no será necesario cuando se trate de una marca extranjera debidamente registrada en el país de su origen. Tampoco será necesario en la renovación de una marca ya inscrita según esta ley.

(Continuad.)

Código de Procedimiento Civil ⁽¹⁾

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—INFORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁMARA.

(Continuación)

En la reforma se establece que será sumario para la rescisión como el de las acciones posesorias, y ordinario si se reclamase daños y perjuicios.

Es decir: tengo arrendada una propiedad, y en el caso de que el arrendatario no cumpla con su contrato, me presento sumariamente pidiendo la entrega de la propiedad.

Lo acepta así el Código reformado, pero no lo acepta el Código vigente por una razón muy sencilla, y es: porque el arrendatario puede ser que tenga razón, y si tiene razón el arrendatario, es preciso que estas razones se oigan en juicio sumario y no ordinario.

¿Por qué razón ha de ser en juicio sumario, tratándose de un contrato?

¿Quién es que el ha violado ese contrato?

Es preciso dar garantías para la discusión de ese hecho, y aquí hasta cierto punto se ve que la Comisión se ha preocupado de lo que decía anteriormente, de los pobres, señor Presidente, porque generalmente los arrendatarios son los más pobres y los arrendadores los más ricos.

(Apoyados).

Señores, ¿por qué razón se ha de mandar así, sumariamente, la entrega de una cosa?

No, señores; vamos á ver en juicio ordinario, cuál es el que tiene razón, y después, que venga la sentencia.

Por esa razón es que la Comisión no acepta la modificación de la Cámara de Representantes en esos términos, y consiguientemente, rechazándola, quedará vigente el Código actual.

SR. CASTRO.—No tengo inconveniente, señor Presidente, en acompañar á la Comisión con mi voto, pero reservándome para la segunda discusión estudiar el pun-

(1) Véase el número anterior

to,—porque me parece que si le da término en la cuestión al arrendatario, debería, cuando menos, afianzar los alquileres, porque generalmente, cuando se le forma pleito á un arrendatario, es porque no paga, y si se prolonga la cuestión seguirá sin pagar quién sabe cuánto tiempo.

De modo que no tengo inconveniente, bajo la reserva de estudiar el punto para la segunda discusión, que el propietario también tenga la seguridad de que no se aumenta la deuda concediéndole el juicio ordinario al arrendatario.

(Se vota y es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—Queda concluido en primera discusión el asunto que motivaba la orden del día.

SR. SALVAÑACH.—Yo no considero que quede concluido, porque tengo algunos otros artículos que proponer, así como algunos otros señores senadores también, y consiguientemente lo que se podría hacer es suspender la sesión para continuarla mañana.

(Apoyados).

SESIÓN DEL 22 DE MARZO

SR. SALVAÑACH.—Recordará el Honorable Senado que en la discusión general del proyecto sobre reformas á la Administración de Justicia, relativamente al Código de Procedimientos, manifesté que entre otras iba á proponer en primer término la limitación de la jurisdicción de los Jueces Letrados en campaña; y manifesté, señor Presidente, esa circunstancia para dar tiempo bastante para reflexionar sobre el punto, porque no soy partidario, y mucho más en una materia como esta que necesita estudio á todas luces, de abordar esa reforma inmediatamente, en la misma sesión en que se promueva.

Los señores senadores han tenido ocasión de pensar al respecto lo que á su juicio corresponde hacer en beneficio público.

Además, tuve otra intención también, señor Presidente, al iniciarla solamente en la discusión general, y fué dar lugar á que la prensa se ocupase del asunto y diera su opinión, porque conviene oír la opinión de todos.

Yo respeto, señor Presidente, la opinión pública en primer término.

Además, fué hasta motivo de una publicación que tuve el honor de hacer hace muy pocos días en *La Tribuna Popular* con motivo de contestar á un artículo que por ese diario se publicó en contra de la reforma proyectada.

Creo haber demostrado allí lo que voy á demostrar en este momento, señor Presidente, hasta la evidencia.

Se ha hablado y se habla de la descentralización judicial. Era precisamente el título de ese artículo «La descentralización judicial», diciendo que se quitaba á la campaña ese progreso y que todo lo queríamos para Montevideo.

Es un error, señor Presidente: yo no quiero todo para Montevideo.

Soy hijo de la República en primer término, y además, tengo el honor de representar á uno de los departamentos más importantes del interior, y consiguientemente estoy en el caso de velar por la mejora de la Capital.

Además, se toma la cuestión, señor Presidente, bajo un punto de vista muy mezquino y muy raquítico, al pretender como se pretende por algún diario, que es cuestión de abogados, es cuestión de que los asuntos judiciales salgan de la campaña para venir á aumentar los de la Capital.

Es una injuria, señor Presidente, es una suposición gratuita á que no dan lugar mis actos públicos.

En la vida pública, como en la privada, he tenido siempre ocasión de marchar buscando la solución más conveniente á los intereses públicos.

Además, no soy un abogado de ayer.—Tengo veintitantos años de abogacía, y por consiguiente no necesito buscar los asuntos para mi Estudio en esa forma.

Los he buscado y los busco por una vida enteramente arreglada.

Me vienen á buscar á mí, yo no voy á buscar los asuntos: esto, sea dicho de paso.

Por otra parte, se habla de la descentralización judicial, y he tenido ocasión de demostrar, señor Presidente, que no hay semejante descentralización judicial, que es una quimera, que estamos á la mitad del camino, y que los legisladores no fueron capaces de llegar hasta su último límite, porque les faltaban los medios y la posibilidad de conseguir eso.

¿Qué descentralización judicial puede haber, cuando tenemos los Jueces de campaña, aislados, sin Tribunales de apelación, sin Fiscales del Estado, sin abogados auxiliares de la Administración de Justicia, hasta eso, sin abogados?

En los Departamentos de Maldonado y Colonia y otros más, señor Presidente, no hay absolutamente abogados.

Yo pregunto si hay aquí descentralización judicial en la magistratura.

Yo la admito, señor Presidente, en primer término.

Soy partidario de la descentralización en toda materia y máxime en una materia como esta, en que sería necesario y conveniente dar á cada departamento el medio de empezar y concluir sus asuntos allí sin necesidad de venir á la Capital.

Y yo digo, señor Presidente: seamos prácticos; ¿ha sido posible hasta el presente y lo es actualmente, llevar el contingente que necesitan los departamentos de campaña, para que real y positivamente se pueda decir que tenemos descentralización judicial?

De ninguna manera.

No tenemos ni medios para conseguir este feliz resultado, ni siquiera personal para llevar ese contingente á los departamentos.

La prueba de ello, señor Presidente, es que cuando se crearon los Jueces Letrados de campaña, hasta se rogó á muchos abogados para que aceptasen esos cargos y fué imposible conseguir que aceptaran sino aquellos que, en su mayor parte—con algunas excepciones—recién salían de las aulas universitarias, que recién vestían la toga del abogado.

Fué necesario nombrar y nombraron hasta abogados violando la Constitución y la ley, puesto que no tenían—algunos de ellos—la edad para ser Jueces, y los otros, las condiciones prescritas por la Constitución, que necesitarían cuando menos dos años de abogados.

Ha habido Jueces Letrados que se han recibido el mismo día que se les ha investido con el cargo de magistrados.

Estos son hechos públicos.

Ahora bien: esto demuestra acabadamente que es imposible llevar á esos departamentos todos los medios necesarios para que haya verdadera descentralización judicial.

No habiéndola, pregunto yo si no es mejor lo que voy á proponer.

No habiendo esa descentralización judicial, tenemos la

anomalía, señor Presidente, de que los asuntos de mayor cuantía, los asuntos de campos, que son los principales, aquéllos en que se rozan cientos y miles de pesos, se ventilan en los departamentos de campaña, y esos asuntos tienen que confiarse, muchas veces—si no la mayor parte de ellas—á manos inhábiles.

Porque es claro, allí donde no hay abogados, no pueden dirigir personas competentes en la materia.

Se dice que hay muchos procuradores competentes.

Pero, señor Presidente, la suposición es que no lo sean.

¿Cómo han de serlo personas que no han cursado la ciencia del derecho?

¿Se puede en esa ciencia venir á improvisar?

De ninguna manera.

Se requieren estudios especiales, como para todas las ciencias.

No habiendo, pues, Tribunales de Apelación, ¿qué sucede?

Que los asuntos vienen á la Capital no solamente para conocer en las sentencias definitivas, sino también en los recursos más insignificantes, en los incidentes triviales de todos los días, á punto de que hace tres ó cuatro meses he sido nombrado regulador oficial de los honorarios de los abogados y procuradores, y he tenido en mis manos, señor Presidente, una gran cantidad de asuntos de la campaña que hasta para eso han tenido que venir, haciéndose gastos extraordinarios, como se comprende, y además paralizándose la secuela regular del juicio, porque mientras está siguiendo ese incidente, es claro, no puede terminarse.

Esos asuntos son principales, pues se ventilan ante Jueces que por muy honorables que sean—y que lo son indudablemente—y muy ilustrados, no basta esa condición, señor Presidente, para ser Juez; no basta la ilustración requerida. Es necesario tener práctica, es necesario tener muchos años de abogacía.

No es posible improvisar esa práctica así de un día para otro.

Yo respeto mucho la opinión de los que piensan de distinto modo.—Pero esto está á la vista; esto no puede ser materia de discusión.

Hay, pues, la anomalía—repito—de que en la campaña se ventilan esos asuntos de gran importancia y de gran monta, y en la Capital, asiento de todos los Tribunales de Apelación y de todos los Fiscales del Estado, de lo más notable que tiene la abogacía en el foro, esté limitada á tratar de asuntos de poca importancia, de insignificante importancia, relativamente.

¿Para qué?

¿Cuál es la compensación, cuál es la ventaja que reporta la campaña con esto?

Yo comprendo las ventajas que reportaría si los asuntos empezasen y terminasen en cada departamento.

Entonces no cabe duda, ¿para qué venir á la Capital?

Pero si esto no es así, si esto lo estamos viendo todos los días, ¿no son dobles los gastos que necesariamente tienen que hacerse con ese motivo?

¿Pues qué? ¿el abogado y el procurador que están en campaña van á trasladarse á la Capital para seguir el asunto de las personas que se lo han confiado?

Claro es que no, porque no van á abandonar otros asuntos para seguir éste.

De consiguiente, la parte interesada tiene que costearse y venir á la Capital á buscar otro abogado y otro procurador para que la representen en el juicio.

Si tiene que venir necesariamente, ¿no es más conve-

niente para su propio interés, que viniese desde luego, cuando necesita empezar un juicio, y no que venga después?

Además, hay otra consideración que no es de desperdiciar.

Como sucede en algunos departamentos en que no hay más que un abogado y en otros dos, véase si es posible que, por muy honorables que sean esos abogados, no tenga que pagárseles más honorarios, porque no hay competencia; que cuando hay cincuenta, ochenta, ó cientos de abogados, se establece la competencia, como en toda otra materia.

No es posible que se pidan honorarios exagerados.

Y allí naturalmente las partes, aunque les pidan el doble de sus honorarios, tendrán que abonarlo, porque no van á dejar perder sus asuntos. ¿Y esta es la ventaja que les llevamos á los departamentos con los Jueces Letrados de campaña en las condiciones ilimitadas en que hoy están, respecto á la jurisdicción civil y comercial?

(Continuará.)

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 3--AÑO XV

LABOR DE LOS JUECES DE PAZ.--*Procedimientos judiciales: ¿Hay término extraordinario para la prueba de los juicios verbales?*, pág. 33.

JURISPRUDENCIA:

Quien recibe la intimación prescripta por el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, para que dentro de diez días entable la acción que surge de la jactancia alegada, cumple con citar al actor á conciliación dentro del expresado plazo.

La disposición legal mencionada no obliga á demandar dentro de los diez días; y no corresponde la declaración de caducidad de los derechos, cuando la citación á conciliación se ha hecho en tiempo y se demanda dentro de los treinta días siguientes á la conciliación.

La demanda debe ser presentada con copia; no presentándose ésta, el Actuario no debe recibir el escrito; pero si éste ha sido recibido sin copia, la omisión no puede producir el efecto de dar por no entablada la demanda, pág. 36.

Si se ha practicado en juicio sucesorio el inventario estimativo de los bienes, tomando para los inmuebles el aforo de la Contribución Inmobiliaria, y se venden aquéllos antes de liquidarse y abonarse el impuesto de herencia, debe tenerse como base para la expresada liquidación, la suma obtenida en la venta de los inmuebles, y no el aforo de la Contribución Inmobiliaria, pág. 38.

EL DERECHO DE RETENCIÓN, por Manuel Augusto Olachea, pág. 40.

PROYECTO DE LEY DE MARCAS PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, pág. 43.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—*Historia de las reformas de 1883*, pág. 46.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO, 18 de Julio 23

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ORGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan.
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos E.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Píez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilabarsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sienra Cavanza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaias.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE OCTUBRE DE 1908

NUMERO 4

Alcance de la reversal del año 1857

PÁRRAFOS DE UN INFORME «IN VOCE» DEL DOCTOR
L. ECHEVARRÍA

.....
Pero dejando de lado estos puntos, voy á tratar de la reversal del año 1857, al amparo de la cual se cree completamente destruído el derecho que se discute.

¡Qué profundo error, Excmo. señor!

Aún teniendo en cuenta esa reversal, los petitorios formulados y la apertura de la sucesión en la República es procedente y estrictamente legal.

Se ha entendido mal por el señor Juez Letrado de Artigas y el Agente Fiscal, el alcance jurídico de esa reversal que se cita y cuyos términos no se han comprendido bien.

Es verdad que según esa reversal, nuestro derecho patrio quedaba hasta cierto punto quebrantado, pues no obstante ser un principio casi universal, y aceptado por nuestra ley, como ya lo he dicho, que los bienes inmuebles son regidos exclusivamente por las leyes de la República, el imperio de éstas no podía hacerse efectivo, tratándose de ciudadanos brasileños, merced á la susodicha reversal.

El único objeto que tenía la reversal era dar intervención á los Cónsules solamente en las sucesiones. Pero dar intervención no quiere decir anular el derecho é impedir la apertura de las sucesiones en la República.

Hay que distinguir, cosa que no ha hecho el Inferior.

Léase la reversal del año de 1857 y se verá que en ninguna de sus cláusulas se dice que tratándose de bienes de ciudadanos brasileños, la sucesión *dejará* de abrirse aquí y se abrirá en el Brasil; no, esto no lo dice ni nunca se ha sostenido semejante cosa, ni es lo legal.

La sucesión, siempre de acuerdo con la nueva ó antigua legislación, debe abrirse en el país teniendo únicamente los Cónsules antes de 1894, intervención en los autos sucesorios, siendo excluídos después de esta fecha.

¿Y en qué consistía la intervención de los señores Cónsules? Lo dice la reversal.

Entender en la sucesión,—vigilando el inventario, publicaciones, etc.,—pero siempre de acuerdo, *con el Juez de Difuntos*, como dice textualmente la susodicha reversal.

Luego, para que proceda de acuerdo con el Juez de la causa, debía forzosamente abrirse la sucesión en la República.

Además, los Cónsules tenían la facultad de intervenir, siempre con el Juez de la causa, á la guarda de los bienes, y concluído el inventario, la administración de los bienes la tendría el propio Cónsul,—quien no podría hacer su liquidación, hasta que en los autos estuviera debidamente justificado, que transcurrido un año desde la publicación de la apertura de la sucesión, en el país no

existiera pendiente alguna reclamación de acreedores, ni tampoco ninguna cuestión judicial sobre la herencia, ó que no se dejaren de pagar los derechos de herencias que se debieran.

Todo esto, Excmo. señor, justifica acabadamente, que la sucesión siempre debía ser abierta, aún cuando, tratándose de ciudadanos brasileños, tuvieran intervención en ella, de acuerdo con la reversal del año 1857, los señores Cónsules. Estos, estando á los términos de la propia reversal, ejercían una especie de representación de los herederos, y para que se cumplieran y se justificaran todos esos requisitos, y se controlara el pago de derechos, era indispensable la apertura de la sucesión en la República.

Es la primera vez que veo desarrollar la extraña teoría del Inferior, respecto de bienes sucesorios, existentes en la República, de ciudadanos brasileños, de que bastaba la apertura de la sucesión que en el Brasil se hiciera.

Dejo demostrado que la sucesión de bienes brasileños debía forzosamente abrirse en la República aunque los Cónsules tuvieran intervención, á los efectos que establecía la reversal de 1857.

Pues bien: ese requisito, ese trámite legal, con el cual ha creído el legislador ver salvado el imperio de la ley nacional, ¿se ha cumplido en la República?

No, Excmo. señor.

Lo único que se hizo fué darle paso á un exhorto de la autoridad judicial brasileña de Uruguayana, para que se inventarisen los bienes que aquí existían, y se citara á los herederos, para que comparecieran ante aquella jurisdicción.

Los Magistrados judiciales de entonces, no debieron permitir tal menosprecio de nuestra ley;—correspondía el rechazo del exhorto,—y la apertura de la sucesión, en el país,—á fin de cumplirse todos los procedimientos del caso,—dándosele después intervención al Cónsul y no á la justicia brasileña. Este es otro punto fundamental, sobre el cual llamo la atención de V. E. Según la reversal de 1857, á quien se le daba intervención en las sucesiones de bienes de brasileños, abiertas en la República, era sólo á los Cónsules y no á las autoridades judiciales de otro país. Voy á comprobar esta afirmación, voy á demostrar á V. E., que estando á los términos claros y precisos de la reversal de diciembre 21 del año 1857 que he venido citando, eran los Cónsules quienes únicamente tenían facultad para intervenir en las sucesiones de los ciudadanos brasileños que aquí se abrieran.

Y si debían intervenir, era indispensable esa apertura de la sucesión.

Para hacer aquella comprobación, me voy á valer de los propios términos de la reversal recordada, firmada por el ilustrado jurisconsulto don Joaquín Requena, y al amparo de la cual se reclaman los derechos.

Se dice en ella, sintetizando:

El Gobierno Oriental fué autorizado por la ley del año 1853, para ajustar con la Legación del Brasil,—y sin perjuicio de sus leyes,—la reciprocidad ofrecida por decreto imperial del Brasil, que regulariza exenciones y atribuciones de los *Agentes Consulares* extranjeros en el Imperio, y el modo con que se han de conducir (los Cónsules) en la recaudación y administración de las herencias de súbditos de sus naciones, reciprocidad que fué aceptada. Y en esta misma reversal se dice, haciéndose conocer la resolución del Gobierno Brasileño, que el Encargado de Negocios tiene el honor de dirigir al señor doctor don Joaquín Requena, Ministro Secretario de Estado y Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, á fin de ajustar con S. E. en favor de los *Agentes Consulares del Imperio* en la misma

República, la efectividad del referido decreto y reglamento, los cuales se adjuntan á la presente nota, como parte integrante y esencial de la misma.

Por su parte nuestro Gobierno, de acuerdo con la autorización que le había dado la ley de 1853 para celebrar ese tratado, declara: que teniéndose en cuenta lo manifestado por el Gobierno del Brasil, resuelve: expedir las órdenes para que los *Agentes Consulares del Brasil* en la República, entren al goce y ejercicio de las atribuciones y exenciones que contiene el decreto, cuya reciprocidad se ha propuesto y aceptado, etc.

¿Qué quiere decir todo esto, Excmo. señor?

Una sola cosa: que las sucesiones de *brasileños* que fallecieran y tuvieran bienes en la República, debían siempre abrirse, á fin de que los *Agentes Consulares* pudieran tener la intervención convenida con el Imperio del Brasil y poderse liquidar los bienes en la forma que procediera de acuerdo con esa reversal, tratándose de garantizar los derechos que por la sucesión se debieran pagar; y que eran los *Agentes Consulares* los únicos que podrían gozar de esos beneficios y exenciones.

Por manera que si los *Agentes Consulares* eran los únicos que debían intervenir en las sucesiones, ¿cómo podía admitirse la de autoridades judiciales brasileñas?

Estas autoridades, según el tratado citado, no eran las que gozarían de beneficios.

Luego, pues, la sucesión del señor P., que no se abrió en la República, ni los Cónsules ninguna intervención tuvieron, debe hoy abrirse como se ha solicitado.

Si la autoridad judicial de entonces cometió ó aceptó un error, éste no coarta el derecho que la ley atribuye á los herederos para desconocer hoy aquellos actos ilegales.

Queda demostrado, pues, que el exhorto recibido y de que instruyen las presentes actuaciones, no puede tomarse como apertura de la sucesión del señor P., como también, que de acuerdo con la reversal de 1857, eran los Cónsules y no las autoridades judiciales brasileñas quienes podrían intervenir en las sucesiones de brasileños que tuvieran bienes en el país, y por último, que la apertura de la sucesión de brasileños con bienes en la República, siempre era necesaria, indispensable, y previa á la misma intervención de los Cónsules.

El Superior Tribunal de Justicia de 2.º Turno confirmó la sentencia de primera instancia, dictando la siguiente:

Vistos: en relación estos autos sucesorios de don C. da S. P., venidos al conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación que la parte de A. y L. dedujo á f. 51 contra la resolución de f. 50 dictada por el señor Juez Letrado Departamental de Artigas;

Por su fundamento, y

Considerando: que se trata en el presente caso de abrir é inventariar una sucesión que hace treinta años fué abierta é inventariada y dividida en Uruguayana, ante la autoridad judicial, expidiéndose las respectivas hijuelas con la conformidad de todos los interesados y anotándose éstas en los Registros de la República;

Que cuando se hizo esa partición en el Brasil en 1877, imperaban los tratados con dicho país y las reversales de 1857 que daban atribuciones y facultades amplias á los *Agentes Consulares* para recaudar y liquidar las herencias de sus connacionales;

Que en esa partición concurrieron nuestras autoridades judiciales disponiendo, en virtud de exhorto que le fué dirigido por el Juez de Uruguayana, la formación de inventario y tasaciones de los bienes existentes en la

República, así como á la citación de los interesados y nombramiento de curador según consta del expedienteillo agregado;

Que con motivo de la apertura de la sucesión de la viuda de P., doña M. M., el señor Agente Fiscal solicitó á f. 201 la apertura también de la de don C. da S. P., siendo rechazada esa pretensión por el señor Juez Letrado Departamental doctor Méndez del Marco, por la sentencia de f. 212 que quedó ejecutoriada;

Que en la actualidad no hay razón ni motivo legal para abrir nuevamente una sucesión dividida hace treinta años con arreglo al testamento del causante, que ya ha sido admitida por nuestros Jueces y cuya herencia ha pasado á otras manos;

Que es tanto más injustificada esa pretensión, cuanto que el rechazo de la primera en 1887 por el señor Juez Letrado de Artigas, fué notificada á don V. J. que representaba entonces á los mismos mandantes que representa ahora el doctor A. y L. sin que fuese reclamada por él ni por el señor Agente Fiscal;

Que si bien es exacto con arreglo al texto de nuestras leyes y á los principios que rigen la soberanía de la Nación, que los bienes situados en la República están sujetos á nuestra jurisdicción, no puede desconocerse que antes de la denuncia de las reversales de 1857, que fué en 1896, existían confusiones, dudas y desacuerdo en la aplicación de las leyes y en la jurisprudencia;

Que habiendo transcurrido más de treinta años desde que se verificó la partición de la referencia, aún suponiendo que fuese nula esa partición, los actuales dueños de esos campos quedan á cubierto por la prescripción, y en consecuencia la apertura de la sucesión no tendrá otro objeto que producir trastornos y gastos sin beneficio para nadie;

Que por otra parte, estando en manos de terceros los bienes de cuya sucesión se trata, la acción á instaurar no sería en ningún caso la de apertura de la sucesión, sino la reivindicatoria,—

Se confirma con costas la resolución apelada, y devuélvanse.

Montevideo, agosto 17 de 1908.

Romeu Burgués.—Martínez.—Bastos.

JURISPRUDENCIA

Sobre reivindicación—Doble venta y tradición ficta

La cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa á nombre del comprador, importa tanto como la tradición real. (NÚMERO 1.º, ARTÍCULO 742 DEL CÓDIGO CIVIL).

Cuando una misma cosa es vendida sucesivamente por el mismo vendedor á dos personas distintas, insertándose en los contratos respectivos la cláusula de la referencia anterior, se reputa legalmente primer poseedor al primer comprador, con tal que haya registrado oportunamente su título.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: en primera instancia estos autos seguidos por don H. J. M. por reivindicación contra don F. P., y vis-

tos también los autos acumulados «H. J. M. contra P. R.—Reivindicación».—

Resultando: 1.º Que don H. J. M., por intermedio de su apoderado, se presentó titulado propietario del solar número 20 de la manzana F., del plano respectivo, ubicado en la Aguada, proximidades del Barrio Reus del Norte (villa «José María Muñoz»), con frente á la calle José L. Terra (antes Casupá), entre Vilardebó (antes 13 de Marzo) y Guadalupe, cuya área total es de doscientos veintidós metros y cinco mil setecientos cuarenta y nueve centímetros, y presentando los títulos de propiedad que lucen de f. 1 á f. 7, entabló contra don F. P. la acción reivindicatoria, por estar éste actualmente en posesión del solar descripto (f. 11);

2.º Que habiéndose conferido traslado de la demanda, el señor P., por intermedio de su apoderado, opuso la excepción dilatoria del número 5 del artículo 246 del Código de Procedimientos Civil (f. 15);

3.º Que el incidente de dilatoria terminó por la aceptación de las fianzas propuestas por el depósito de f. 31 y agregación del título de f. 43;

4.º Que á f. 32 el actor solicitó que se acumulara á este juicio el que él seguía ante este mismo Juzgado contra don P. R., en el cual el señor P. se había presentado citado de evicción, por ser las mismas personas las que en ambos juicios intervenían persiguiéndose una misma acción sujeta á los trámites ordinarios; que de conformidad del contrario fué decretada la acumulación;

5.º Que el demandado, en su contestación de la demanda, manifiesta (f. 60):

a) Que de los títulos con que se acompaña la demanda no resulta que don H. J. M. haya comprado los terrenos que posee P.;

b) Que el demandado es el propietario de los mismos, según los títulos que lucen de fs. 52 á 59;

c) Que dichos títulos, unidos á la posesión que ha mantenido, constituyen á su favor perfecto derecho de dominio;

6.º Que abierto el juicio á prueba, la actora presentó el interrogatorio de f. 73, á cuyo tenor declaró el testigo R. H.;

7.º Que del título de f. 1 consta:

I. Que el 17 de diciembre de 1891, ante el escribano don Agustín J. Moratorio, don J. D. y don L. F., Presidente y Gerente respectivos de la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas, vendieron á nombre de aquella Compañía á don H. M. tres solares de terreno (uno de ellos es el que se reclama en este juicio);

II. Que en dicha escritura los vendedores dan poder bastante al comprador para que por sí ó judicialmente tome la posesión que le compete, é interin no lo efectúe la tendrá (la Compañía) á nombre del adquirente (f. 2);

III. Que en la misma escritura se estableció que comparecía también en ese acto don R. H., y enterándose de su contenido la aceptaba en todas sus partes á nombre del comprador señor M. (f. 2 vs.);

IV. Que el señor M. vendió los solares de la referencia al doctor R. H. en escritura otorgada en Buenos Aires el 15 de septiembre de 1896 ante el escribano don Eusebio E. Giménez;

V. Que el doctor R. H. los vendió otra vez á M. el 13 de noviembre de 1904, en la ciudad de Minas, por ante el escribano don Juan Zeballos y Maguna;

VI. Que en 22 de julio de 1907, el señor M., por ante el escribano don Arturo Vivas Cerantes, enajenó uno de los solares á don J. G. G.;

8.º Que del título de f. 52, resulta: Que el 2 de agos-

to de 1899, por ante el escribano don Alfredo Herrán, los señores E. G. y L. E. P., síndicos definitivos de la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas, en el carácter invocado, vendieron á don F. P. varios solares de terreno entre los cuales está el número 20 que motiva este pleito. Que en dicha escritura (f. 56), la Compañía vendedora confirió facultades amplias é irrevocables para que P. tomara la posesión que le competía, y mientras no lo efectúe la tendría (la Compañía) á nombre del adquirente. Que en la misma escritura se dice: «Presente don J. Z. . . , enterado de esta escritura, la acepta en todas sus partes, en nombre y como apoderado de don F. P., en mérito del mandato que le confirió el 14 de marzo de 1889 ante el escribano don Nicolás Bergallo»;

9.º Que del expediente agregado, resulta:

I. Que don H. M., por intermedio de su apoderado, se presentó iniciando juicio reivindicatorio contra don P. R., por el solar número 21, relacionado con el título de f. 1 del expediente principal;

II. Que R. opuso la excepción de caución;

III. Que P. á f. 22 se presentó en ese juicio por haber sido citado de evicción;

IV. Que del título de f. 12 consta que el 2 de octubre de 1901, ante el escribano don Pedro Jover, P. vendió á R. el solar número 21 que es el que se pretende reivindicar en dicho expediente; que el vendedor facultó al comprador para que tome la posesión que le compete, con sólo copia de esta escritura, conservándola (P.) mientras no lo verificase, á nombre de éste (R.) á los efectos de la tradición;

10. Que para mejor proveer dispuso el Juzgado que el actor justificara ser la misma persona que con el nombre de M. figura en la escritura de f. 1. Que ello está probado por las declaraciones de R. H. (f. 74), D. O. (f. 103 vta.), A. J. M. (f. 104 vta.) y P. R. (f. 105); por las escrituras de fs. 4 á 7, donde el escribano da fe del conocimiento de la persona de H. J. M. (f. 6 vta.); por el poder general de f. 9 y del de f. 2 del expediente agregado, en los que el escribano da la misma fe;

Considerando: Que la primera cuestión propuesta por el demandado en el escrito de f. 60, de que no es M. el que figura en la escritura, sino un señor M. es en extremo improcedente, pues ante los hechos relatados en el último Resultando, es indudable que la variación que se nota en el apellido del actor, es un simple error que está justificado hasta la evidencia, no quedando la más mínima duda de la identidad de la persona;

Considerando: Que la segunda cuestión promovida por el demandado á f. 82 vta., que H. firmó por M. la escritura de f. 1 sin invocar poder y sin exhibirlo, es también improcedente; porque la ley permite el mandato expreso y el tácito; porque M. ratificó en las escrituras posteriores (fs. 4 á 7) lo hecho por H., y porque en el supuesto de que para M. no fuera válida la escritura de f. 1, tampoco sería válida para P. la de f. 52, pues en ésta si bien se menciona el mandato conferido por P. al aceptante de la escritura, Z., y éste asegura ser apoderado en virtud del poder que el 14 de mayo de 1889 ante el escribano Bergallo le confirió el demandado, el autorizante de la venta no da fe de la presentación del mandato ni aún certifica su existencia;

Considerando: Que la principal cuestión á resolverse en esta sentencia consiste en determinar, dentro de las disposiciones de los artículos 1311, 1315 y 1685 del

Código Civil, cuál de los compradores es el preferido por la ley, en el caso de haberse vendido una misma cosa á dos personas: si lo es el actor ó el demandado;

Considerando: Que de las escrituras presentadas por M. resulta inequívocamente la cláusula constitutiva de tradición ficta (f. 2): da poder bastante al comprador para que por sí ó judicialmente tome la posesión que le compete, é interin no lo efectúe, la tendrá á nombre del adquirente; que, en consecuencia, es cierto que en el acto de otorgarse la escritura, el actor no tomó materialmente por sí mismo la posesión, pero la tomó jurídicamente por ministerio del mismo vendedor, y por lo tanto, ha mediado la tradición ficta equivalente á la real que autoriza el artículo 742, número 1 del Código Civil: «Importa tradición ficta equivalente á la real la cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión á nombre del comprador»;

Considerando: Que la posesión puede ser tomada por el comprador mismo, ó por otro, que puede ser el propio vendedor (artículo 742 Código Civil); que cuando el vendedor declara en escritura pública de compraventa, que mientras el comprador no tome la posesión (mientras no la tome por sí mismo) él (el vendedor) la tendrá á nombre del adquirente, el contrato de compraventa está consumado, la cosa está entregada, la tradición ficta se ha operado, el vendedor ya no es poseedor á nombre propio, sino mero tenedor, puesto que ya no tiene la cosa con ánimo de dueño, sino á nombre del comprador (artículos 621 y 623, Código Civil), y por consiguiente el comprador es el propietario y poseedor (artículos 622 y 750, Código Civil);

Considerando: Que después de otorgada la escritura de f. 1, la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas jamás ha podido tener la posesión *animus domini*, pues en aquella escritura expresamente declaró que tendría los solares á nombre de M.;

Considerando: Que la distinción que el demandado quiere hacer entre posesión material y la tomada por tradición ficta, equivalente á la real, es violatoria de los artículos 1311 y 1654 del Código Civil, puesto que estos artículos hablan, no del primero que toma la posesión material, sino del primero que toma la posesión, sin hacer distinción entre la posesión tomada por tradición real y la tomada por tradición ficta equivalente á la real: donde la ley no distingue, á nadie es dado distinguir;

Considerando: Que la doctrina que sostiene el sentenciante, sobre el valor de la tradición ficta, equivalente á la real, tiene en nuestro Foro partidarios decididos que la exponen así:

«¿Acaso el Código en alguno de sus artículos exige que la tradición ha de ser real para que el contrato de compraventa quede consumado y el dominio se transfiera? ¿Acaso el artículo 1298 (edición antigua, hoy 1311) que se invoca, atribuye derecho preferente al comprador que ha tomado la posesión real? No; la atribuye simplemente al que haya tomado la posesión, y eso es tanto más significativo, cuanto que en el artículo equivalente del Código Civil francés, que sin duda tuvieron á la vista nuestros codificadores, se atribuye esa preferencia al que haya tomado la posesión real. Suprimida en el artículo 1298 (hoy 1311) de nuestro Código la palabra REAL, le ha dejado todos sus efectos á la tradición simbólica que transfiere el dominio conforme á los principios establecidos en nuestro Código, del mismo modo que la tradición real ó ficta». — (José Pedro Ramírez, en LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, tomo III, pág. 179).

«Según los datos de la consulta, B tiene á su favor

« un título de fecha anterior al de C, y uno y otro lo obtuvieron del mismo vendedor y recaen sobre la misma cosa. B tomó ó adquirió la tradición ficta, á que alude el artículo 742 del Código Civil en su número 1.º, y C invoca posesión material actual, pero posterior á la tradición ficta obtenida por B. ¿Puede suponerse que el artículo 1311, al referirse al comprador que primero adquiere la posesión, no ha tenido en cuenta otra posesión que la material ó real? Tal suposición sería, á mi juicio, completamente errónea. El artículo 742 dice categóricamente que importa tradición ficta equivalente á la real, entre otras cláusulas, aquella en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión á nombre del comprador... En el caso consultado, el verdadero y único dueño es el comprador B porque su título y su tradición ficta *equivalente á la real son anteriores al título y á la posesión de C.* »—(Gonzalo Ramírez, en LA REVISTA citada, tomo III, pág. 179);

Que no obstante considerar el derecho legítimo de los hombres de ciencia á cambiar de opinión en cuestiones científicas, no expresando convincentemente la ilustrada defensa del demandado los fundamentos que ha tenido en cuenta para modificar la opinión últimamente transcrita,—el suscrito, que en otro caso la ha aceptado como uno de los fundamentos de su fallo, la tiene presente otra vez, por creer que es la que verdaderamente se encuadra dentro de la letra y del espíritu de nuestra ley civil;

Considerando: Que en presencia del título presentado por P. y por R. y dentro de las disposiciones de los artículos 668, 669 y 663 del Código Civil, el Juzgado debe considerar á los dos como poseedores de buena fe al efecto de la restitución de los frutos y como litigantes en el mismo carácter, que no merecen condenación en costas;—

Por estos fundamentos, definitivamente juzgando, fallo: condenando á don F. P. y á don P. R. á restituir al actor los solares números 20 y 21 que respectivamente poseen, con más sus accesiones y frutos desde el día de la demanda.

Ejecutoriada que fuese esta sentencia, archívense los autos, previa cancelación del depósito de f. 31, á cuyo efecto se librará la orden correspondiente.

Montevideo, junio 27 de 1908.

Alberto Gard y San Juan.

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Manuel J. Pérez, pordon F. P. en autos con don H. J. M. por reivindicación, á V. S. dice:

Que V. S. se ha de servir revocar la sentencia apelada en mérito de las consideraciones que paso á exponer:

Las opiniones del Inferior, que no son más que opiniones individuales, deben ceder su puesto al imperio de la ley que á nadie le es dado desconocer.

El asunto que motiva esta expresión de agravios no es nuevo, y si en épocas remotas, letrados de reconocida ilustración como los que cita el Inferior pudieron opinar en el sentido que indican las transcripciones que se contienen en la sentencia apelada, ya no es razonable insistir en esas opiniones cuando debates judiciales, concursos y sentencias dictadas por los Tribunales con reiteración, han consagrado la verdadera doctrina.

Prescindiré, en obsequio á la brevedad, de ocuparme de las diversas cuestiones que estudié en mi alegato de bien probado, para concretarme á la más importante, ya que V. S. recorrerá dicho escrito y apreciará en su justo valor los otros argumentos que en él se aducen.

La cuestión debe plantearse en términos concretos:

El señor P. adquirió á título de compra los terrenos reivindicados de la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas por escritura de fecha 2 de agosto de 1899, que obra á f. 52 de estos autos, y en uso del derecho que en ella se le acordaba, de tomar posesión de la cosa vendida, lo hizo así en forma notoria y pública.

Esos terrenos se vendieron en remate al señor P., previa la publicación de avisos en los diarios de mayor circulación en la Capital, y el señor P. á su vez, enajenó uno á don P. R. por escritura de fecha 2 de octubre de 1901 que obra á f. 12 del expedienteillo agregado, y el señor R., que lo posee desde entonces, ha construido en dicho terreno edificios de alguna importancia.

La sentencia del Inferior dispone que se entreguen al señor M. los terrenos con sus frutos desde la demanda, considerándolo verdadero dueño, contra la disposición expresa de la ley que da preferencia al comprador de buena fe que ha entrado á poseer la cosa vendida.

Para fundar su sentencia, dice el Inferior en el cuarto Considerando, que de las escrituras presentadas por el señor M. resulta inequívocamente la cláusula constitutiva de tradición ficta, porque en ella se da poder bastante al comprador para que por sí ó judicialmente tome la posesión que le compete, é interin no lo efectúe la tendrá á nombre del adquirente; que en consecuencia, es cierto que en el acto de otorgarse la escritura el actor no tomó materialmente por sí mismo la posesión, pero la tomó jurídicamente por ministerio del propio vendedor y, por lo tanto, ha mediado la tradición ficta equivalente á la real, que autoriza el artículo 742 del Código Civil número 1: « Importa tradición ficta equivalente á la real la cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión á nombre del comprador. »

El Inferior partiendo de una base falsa, arriba á conclusión notoriamente equivocada.

Es cierto que el artículo 742 dice que la tradición ficta equivale á la real, hablando en general de traslaciones de dominio; pero es cierto también que existe una disposición especial que rige el caso materia de este juicio, y que entre una ley de carácter general y otra de carácter especial, ésta tiene preferente aplicación, precisamente porque constituye una excepción expresa.

El artículo 1654 del Código Civil dice así: « En el caso de venderse sucesivamente una misma cosa á dos personas, se estará á lo dispuesto en los artículos 1311, 1315 y siguientes. »

Y ¿qué dice el artículo 1311 declarado aplicable á la venta doble?

Dice que si uno se obliga á entregar sucesivamente á dos personas una misma cosa, el que primero adquiere la posesión de buena fe ignorando el primer contrato, es preferido aunque su título sea posterior en fecha, con tal que haya pagado el precio, dado fiador ó prenda ó obtenido plazo para el pago.

La Compañía Nacional se comprometió á entregar al señor M. y al señor P. los terrenos reivindicados, declarando que mientras los compradores no tomasen la posesión la tendría á nombre de los adquirentes; pero el señor M. no le entregó dichos terrenos y el señor P. sí; luego, es evidente que, aplicando la disposición legal invocada, el señor P. tiene que ser preferido.

Que el señor P. tomó esa posesión por entrega que le

hizo la Compañía Nacional, resulta del hecho de haber sido demandado su comprador señor R. como tal poseedor.

Búsquense las argucias que se quiera, dígame que la tradición ficta equivale á la real y entrése en argumentos sutiles al respecto; pero, con todo, no se conseguirá oscurecer la claridad meridiana que resulta de la letra y del espíritu de los artículos 1654 y 1311 del Código Civil que dejo transcritos.

El señor M. no ha tomado posesión jamás del terreno disputado, no se ha ocupado de su terreno nunca, ha permitido que se venda públicamente, en remate, que se revenda después, que se cerque y se levanten edificios sobre él, y cuando los terceros, que compraron porque en los títulos que el señor M. no retiró de poder del vendedor no aparecía nota de enajenación á su favor, recién pretende que se le entreguen, y que quien por su culpa invirtió su dinero en la compra y en las edificaciones á que me he referido, se vea privado de lo suyo y arrojado á la calle como usurpador de lo ajeno.

Eso podrá convenir al actor; pero no lo consiente la ley ni lo autorizará seguramente V. S.

El artículo 1311 del Código Civil ha querido castigar al comprador omiso que no ocupa el terreno comprado, porque precisamente por esa falta de ocupación ó de posesión, un vendedor de mala fe, en cuyo título no aparece nota alguna de enajenación como he dicho, puede venderlo de nuevo.

No es justo que el que real y positivamente recibe la cosa que se le entrega ó la toma por sí mismo y que desde entonces la posee á justo título y con buena fe, pierda su derecho porque otro comprador anterior facilitó el fraude del vendedor, no preocupándose de exteriorizar á los ojos de los demás su calidad de comprador.

Se dice que en virtud de que la tradición ficta equivale á la real, el señor M. entró á poseer antes que el señor P.; pero ese argumento es evidentemente deleznable.

Si una persona promete entregar á otra una partida de yerba que le ha vendido, estableciendo que mientras no se verifica la tradición la conservará á nombre del adquirente, y si esa misma persona vende y entrega real y positivamente á otro la misma partida de yerba, ¿podrá el primer comprador reivindicar esa yerba cuando el segundo compró, pagó y recibió lo comprado? Basta plantear la cuestión para resolverla negativamente.

La tradición ficta verdaderamente tal equivale á la real respecto del vendedor, respecto de terceros que aleguen derechos sobre la cosa, en la generalidad de los casos, menos en el caso de la doble venta en que el segundo comprador adquiere la cosa de buena fe.

Esta adquisición de la posesión de buena fe es la aprehensión material de la cosa comprada, no la aprehensión impuesta; la posesión no admite ficciones, es la tenencia de la cosa con ánimo de dueño, y esa tenencia con ánimo de dueño no la ha tomado el señor M.; se le confirió poder para tomarla, pero no la tomó.

Tan cierto es que la interpretación que da mi parte á las disposiciones aplicables á la doble venta es la verdadera, que si se examinan las leyes de origen ó sean aquellas de donde se ha tomado la nuestra, se tendrá que aceptar dicha interpretación.

La ley 50, Partida 5.ª, dice así: «Una cosa vendiendo un home dos veces en tiempos departidos si aquel á quien la vendió primeramente pasa á la tenencia de la cosa, ó paga el precio, esse la deve auco, é non el otro».

«Pero tenuto es el vendedor, de tornar el precio á aquel que la vendió á postremas se lo dona recibido, con todos los daños, é los menos cabos que le vinieron por razon de tal vendita, por que la fizo enganosamente. Otrosí deci-

mos que si el postrimero comprador passase á la tenencia é la posesion é pagase el precio que el la deve auer, é non el primero. E es otrosí el vendedor tenido de tomar el precio si lo auia recibido con los daños é los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador.»

Esa ley, que es la ley originaria de la nuestra, resuelve esa cuestión en favor del demandado.

El Código Civil argentino que ha mantenido esa misma solución, dice así:

«Si la cosa fuese inmueble y el deudor hiciere tradición de ella á otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiere ignorado la obligación precedente del deudor, pero sí contra los que sabiéndolo, hubiesen tomado posesión de la cosa».

El acuerdo de la legislación es, pues, completo en conceder prelación al que primero toma posesión de la cosa vendida.

Fernández Elías, página 596, en su novísimo tratado de Derecho Civil español, dice:

«Venta doble de la cosa.—Puede suceder que el vendedor venda dos veces una misma cosa, y será preferido el comprador que pagó el precio y se apoderó ó tomó posesión de la cosa vendida; pero el otro puede reclamar al vendedor daños y perjuicios».

La cuestión en debate no puede, por lo tanto, resolverse por la exhibición de títulos que contengan tales ó cuales cláusulas de cajón, enfrente de un comprador que entró en posesión real y efectiva.

La ley que consiente una segunda enajenación de una misma cosa, establece una excepción evidente al principio de la tradición ficta constituida en el primer título, y da solución al conflicto á favor del que primero toma posesión.

En mi alegato de bien probado, indiqué lo que la jurisprudencia práctica ha resuelto en la madre patria y en la República Argentina, y llamo la atención de V. S. á tal respecto (f. 87 de mi alegato de bien probado).

Paso á indicar ahora cuál es nuestra jurisprudencia:

Un Banco de los que existieron hace algunos años, vende á A un terreno y le hace la tradición de él en la forma determinada por el artículo 743, número 1 del Código Civil (tradición ficta). El comprador ha pagado el precio y la escritura de venta se inscribió en el Registro de Ventas.

Dos años después, el referido Banco vende el mismo terreno á B y éste entra á ocuparlo materialmente construyendo en él un edificio. Caso idéntico al que se litiga ante V. S.

La sentencia de primera instancia dice así:

«Montevideo, octubre de 1895.—Vistos, etc.—Considerando: que habiéndose vendido una cosa á dos personas sucesivamente como lo indica el artículo 1654 del Código Civil, debe estarse á lo dispuesto en el artículo 1311 del mismo Código, según el cual quien primero adquiere de buena fe la posesión debe ser el preferido, aún cuando su título sea de fecha posterior; que en el caso ocurrente no cabe duda que la posesión á tomarse en cuenta es la efectiva, por cuanto el efecto de la tradición que el demandante invoca, sólo puede en este caso corresponder á la transferencia de dominio (artículo 759, Código citado) y no á la posesión de la cual el vendedor se desprendió por escritura extendida á favor del demandado ó sus causantes;

«Por tales fundamentos, teniendo presentes las disposiciones contenidas en los artículos 466 del Código de Procedimientos y 663 del Código Civil, fallo: desechando con costas la acción seguida y oportunamente archívese el expediente».

Ese fallo fué confirmado en los siguientes términos:
 «Montevideo, septiembre 24 de 1896.—Vistos en segunda instancia estos autos seguidos por don J. M. contra don B. T. sobre reivindicación de un terreno, venidos en apelación interpuesta por el actor de la sentencia del Juez Letrado Departamental, corriente de fs. 126 á 128, y á la que se adhirió el demandado en cuanto dicha sentencia no impone la condenación en los costos, daños y perjuicios;

«Resultando: que el actor M. compró, con fecha 8 de febrero de 1890 al B. C. O. el terreno que le reclama el demandado T. (escritura de compraventa de fs. 17 á 19); y

«Considerando: 1.º Que el demandado T. ha opuesto dos excepciones á esta demanda, siendo la primera la falta de identidad de la cosa demandada; y la segunda haber tomado posesión real del terreno reclamado, ignorando la existencia de otro contrato;

«2.º Que en cuanto á la primera excepción sobre falta de identidad de la cosa demandada, debe ser desechada después del resultado del examen pericial corriente á fs. 76 y 77, que no permite dudar respecto á la identidad de la cosa litigada, quedando por él demostrado hasta la evidencia la imposibilidad de que sea otro terreno y no el ocupado por T. el que pretende reivindicar M.;

«3.º Que en cuanto á la segunda excepción opuesta, la ha contestado el actor M., sosteniendo que el B. C. O. le había hecho la tradición del terreno con arreglo á lo que establece el inciso 1.º del artículo 742 del Código Civil;

«4.º Que en el Libro 3.º del Código Civil se dispone: que sea la tradición uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas, declarando en el inciso 2.º del artículo 680 que los títulos de adquirir sólo producen efecto personal (*jus ad rem*);

«5.º Que el artículo 1307 del título 2.º del Libro 4.º del mismo cuerpo de leyes, al tratar de las diversas especies de obligaciones, también dispone: que la obligación de dar, es la que tiene por objeto la entrega ó tradición de una cosa mueble ó inmueble, cuya propiedad se ha comprometido á ceder el vendedor por el contrato respectivo, para que pueda el comprador entrar en posesión y ejercer actos de dominio;

«6.º Que el título 3.º del Libro 3.º en su artículo 736 establece: que tratándose de un fundo, se verifica la tradición cuando el adquiriente se transporta á él por sí mismo ó por otro que lo represente para tomar la posesión, consintiendo el tradente;

«7.º Que la tradición ficta equivalente á la real que establece el inciso 1.º del artículo 742, sólo se verifica cuando en el contrato de compraventa se pone por cláusula especial, de acuerdo con el comprador, que el vendedor tendrá en lo sucesivo la posesión de la cosa, natural y corporalmente, pero sin derecho alguno de propiedad ó posesión civil, que por esa cláusula queda transferida al comprador. (Véase cláusula de *Constituto* en Escriche);

«8.º Que en las escrituras de venta presentadas por el actor y el demandado, no existe la cláusula á que se refiere el Considerando anterior, sino la declaración generalmente usada por los escribanos en todos los contratos de compraventa, de que el vendedor « le confiere al comprador el más bastante poder que por derecho se requiere para que por sí ó judicialmente tome la posesión « que le compete con sólo la copia de la escritura, y que « interin no lo efectúe, la tendrá á nombre de los adquirentes », lo que vale decir, que mientras no se realiza la tradición con arreglo á lo dispuesto en el artículo 736, conservará la cosa libre de todo obstáculo á disposición del comprador y con la obligación establecida en el artículo 1308 del Código Civil;

«9.º Que para que la tradición ficta pueda equivaler á la real, es menester, pues, que se verifique ocurriendo los casos que se expresan tanto en el inciso 1.º del artículo 742 como en los demás del mismo artículo, y que conste además por escritura pública;

«10. Que fuera de los casos indicados en el artículo 742 del Código Civil, la tradición de un fundo debe verificarse en la forma dispuesta por el artículo 736 del mismo cuerpo de leyes, porque el vendedor está obligado á suministrar la cosa (*rem tradere*) para que el comprador pueda entrar en posesión de ella, debiendo serle entregada libre de todo obstáculo (*vacuum possessionem*);

«11. Que al establecer el Código Civil que los contratos por sí solos no transfieren la propiedad (salvo las excepciones referidas) produciendo únicamente obligaciones que sólo dan derecho á la cosa, se ha separado en esa parte del Código Civil de Francia, que admite, por el artículo 711, que la propiedad se transmita por el solo efecto de las obligaciones, haciéndose propietario el comprador sin necesidad de tradición;

«12. Que la institución de la tradición no se ha conservado en nuestro Código Civil por mera fórmula, como se ha dicho por una de las partes en el curso de este debate jurídico, sino que por el contrario, el codificador ha querido expresamente establecerla, distinguiendo de ese modo entre la convención que sólo produce obligaciones, que dan derecho á tomar ó reclamar la posesión de la cosa, y la posesión misma. (Véase el informe de la Comisión Revisora del Código Civil);

«13. Que tanto el Código Civil de Chile, como el de la República Argentina han establecido igualmente el principio de la tradición como uno de los modos para adquirir el dominio de las cosas, de acuerdo con el Derecho Romano y las leyes de Partida. (Véase la explicación histórica de la Instituta, por O. Ortolán);

«14. Que examinado el punto jurídico relativo á la tradición como medio indispensable para adquirir, con la posesión transmitida, la propiedad de una cosa, corresponde pasar al examen del punto en debate, á saber: si el B. C. O. se desprendió ó no de la propiedad y posesión del terreno vendido á M. por el solo hecho del contrato de compraventa celebrado;

«15. Que con arreglo á lo establecido en los anteriores Considerandos, el B. C. O. permaneció siendo propietario y poseedor del terreno en cuestión, tanto cuando contrató con M. como cuando contrató con Z. y Q., vendedores á S., habiéndose operado recién la tradición con la posesión real y efectiva tomada por S., ejerciendo actos de dominio al practicar las construcciones que contiene, á cuya toma de posesión se le autorizaba en la convención contenida en el contrato presentado en autos, quedando desde ese momento consumada y perfecta la referida convención y cumplidas las obligaciones contraídas por las partes contratantes;

«16. Que no habiéndose desprendido el B. C. O. de la propiedad y posesión del terreno que se obligó á entregar tanto á M. como á Z. y Q., por no haber operado ni la tradición real ni la ficta, hasta el momento en que S. tomó la posesión material del terreno en virtud del título que para ello le facultaba, no ha podido el B. C. O. tener la posesión á nombre de M., como éste lo pretende, pues para que así hubiera sucedido, habría sido antes necesario que se hubiera verificado la tradición real ó ficta, cosa que no ha sucedido. (Artículos 736 y 742 del Código Civil; Ortolán, explicación histórica de la Instituta);

«17. Que en presencia de los dos contratos de compraventa presentados por las partes que litigan en este

juicio, en que aparece el B. C. O. vendiendo una misma cosa á dos personas, es de estricta aplicación lo dispuesto en el artículo 1311 del Código Civil, que consecuente con el principio de la tradición en él establecida, dispone: «que el primero de los dos que adquiera la posesión de buena fe, ignorando el primer contrato, sea preferido, aunque su título resulte posterior en fecha», cuya disposición es concordante con la ley 50, título V, Partida 5.ª, con el artículo 1817 del Código de Chile y con el 954 del de la República Argentina;

«18. Que habiéndose demostrado en los anteriores Considerandos, que cuando el B. C. O. celebró el contrato de compraventa con M. no se estableció en él ninguna cláusula especial que operase la tradición ficta equivalente á la real, como cuando ocurren los casos determinados en el artículo 743 del Código Civil, es evidente que el terreno en cuestión estaba á la disposición de las dos partes contratantes, y que el primero que tomase la posesión real y efectiva, con ese quedaba perfecta la convención con él celebrada y cumplida la obligación por ella contraída, sin perjuicio de los derechos que le correspondía ejercitar al otro comprador contra su vendedor;

«19. Que la condenación en los costos y los daños y perjuicios, que pretende el demandado S. se le impongan á M. por haber iniciado este juicio, no procede, por no haber litigado con ligereza ó malicia que merezca la nota de temeridad (artículo 663 del Código Civil);

«Por los fundamentos de esta sentencia y los de derecho de la sentencia apelada, se confirma con costas y devuélvanse.»

Las sentencias transcriptas fueron motivo de recurso extraordinario y en él se declararon firmes y subsistentes.

Por fin la Comisión informante de nuestro Código Civil, entre la que figuraban hombres de la talla de los doctores Narva y Requena, dijo respecto del punto en debate:

«El Proyecto resuelve otra cuestión que es verdaderamente de trascendencia: la que versa sobre la necesidad de la tradición. El derecho romano consideró insuficientes las convenciones para transmitir por sí solas el dominio de las cosas, distinguiéndose cuidadosamente el título y el modo; el contrato sin la tradición no transfería el dominio. La doctrina romana pasó al Código de las Partidas, sin que en tan largo espacio haya ocurrido nada que decir de esas leyes, nada que oponer á aquella teoría.

«El Código Civil de Francia, por el contrario, abandonó el principio de la tradición, mirándole como una de tantas sutilezas del derecho romano; el artículo 711 establece que la propiedad se transmite por el efecto de las obligaciones; y conforme á esa regla, los artículos 1138 y 1583, declaran que el comprador ó contratante se hace propietario desde el momento del contrato, sin ser necesaria la tradición.

«No siendo la propiedad un hecho sino un derecho, un producto de la ley, sin duda que puede establecerse en un Código que esta propiedad se transfiera por la sola voluntad de las partes en virtud de la ley; y sin hecho alguno exterior, éste es un sistema, pero, ¿será verdadero? y después, ¿será preferible al de nuestra legislación actual?

«En cuanto á lo primero, no puede haber verdad en un sistema que desconoce la esencia de la obligación: que de un modo de obligarse hace un modo de *paturam invertit*. En efecto, la convención ó la obligación que de ella nace, no liga sino á las personas; ella compele á dar,

hacer ó no hacer; no constituye, pues, sino una deuda y un crédito y no afecta ni puede afectar sino á las personas. Es contra la naturaleza de la obligación que transfiera algo, pues que ella es la causa de la tradición que debe hacerse; es contra su naturaleza el sustituir una persona á otra, porque su naturaleza propia es dar el derecho de exigir la sustitución; luego ella es impotente para hacerla. La dación de una cosa ó la prestación del hecho es la ejecución, la consumación de aquello á que uno se ha obligado, y la idea de la obligación implica la de un tiempo futuro. Más: si desde que la obligación existe, y porque ella existe ha cumplido su fin, aunque no haya mediado intervalo de tiempo alguno, ni siquiera un instante de razón, la obligación nace, y se extingue uno *et eadem actu*. El medio y el fin son una misma cosa; hay, según se expresa el Código francés, una parte acreedora y á la vez propietaria de una misma cosa, ideas contradictorias en sí mismas y hasta en los términos.

«Aunque así no fuere, deberíamos mantener el sistema que nos rige, y según el cual se requiere la tradición para que se transmita la propiedad. Este es un derecho para todos, derecho que se manifiesta públicamente entonces por medio del signo externo que regularmente le acompaña y le indica, á saber: el poder y la posesión. Interesa á la sociedad que las transmisiones se hagan públicas y se sabe cuánto contribuye la tradición para obtener ese resultado.

«Es verdad que la innovación del Código francés ha sido aceptada por los Códigos de las dos Sicilias, de la Cerdeña, de la Luisiana, del cantón de Vaud, de Haití, acaso también por los de algunos otros Estados del mismo orden, pero no ha sido admitida en Prusia, ni en Holanda, ni en Austria, esos países clásicos del derecho, ilustrados por tantos y tan profundos juriconsultos, antiguos y modernos; bien al contrario, puede decirse que la teoría francesa ha sido condenada deliberada y unánimemente por los Códigos holandés y austriaco, promulgados mucho tiempo después del Código Napoleón. En cuanto á la Prusia, baste transcribir el artículo 3.º, título 10, parte 1.ª, de su Código, que dice: «La venta es un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder la propiedad de una cosa, y la otra á pagarla. La adquisición de la propiedad no es perfecta sino por la tradición real».

«La Comisión cree oportuno agregar que después de aprobado el título de la tradición, ha visto con placer confirmadas sus ideas por el sabio juriconsulto argentino doctor Vélez Sarsfield (libro 2.º, sección 1.ª).»

En presencia de esos antecedentes y de la letra clara y terminante de la ley aplicable al caso, no me considero obligado á examinar los demás fundamentos de la sentencia recurrida, que no son sino la consecuencia del Considerando cuya refutación amplia he hecho en el curso de este escrito.

Sírvase V. S. haber por expresados los agravios que infiere á mi parte la sentencia de primera instancia y revocarla en todas sus partes, absolviendo de la demanda á mi poderdante el señor P.

Será justicia.

M. J. Pérez.

J. CASARAVILLA.

Señor Juez Letrado de lo Civil de 3.º Turno:

Inocencio Cruces, por H. J. M., en autos con don F. P. y don P. R. por reivindicación, evacuando el traslado con calidad de autos, conferido de la expresión de agravios de los demandados, cuya voz en el pleito ha tomado P., y por éste don Manuel J. Pérez con poder, á V. S. digo:

Que se ha de servir fallar en definitiva confirmando la sentencia recurrida, con costas y costos.

Cuando V. S. estudie los antecedentes del juicio y concluya con la consideración de la sentencia de primera instancia, no podrá menos que admirarse de que una resolución tan fundada en derecho, como clara y convincente, haya podido ser objeto de los recursos de apelación y nulidad.

Ha dicho el recurrente que las opiniones individuales, aún las de los Jueces, deben ceder al imperio de la ley, que á nadie le es dado desconocer. Acepto esta proposición, porque es de estricta justicia que los Jueces apliquen la ley tal como es, y no la estrujen como trapo inútil, reemplazándola con su voluntad, ó con un criterio atravesado muchas veces, como el desplegado por el Juez, que nos ha nombrado el apelante, pero cuya sentencia transcribe, sin imprimírle la autoridad de la cosa auténtica, y dejándonos la impresión de un capítulo jurídico apócrifo.

Haciendo honor á la verdad, debemos convenir lealmente que el Juez *a quo*, se ha mostrado respetuoso de la ley, cediendo á su imperio, sin incurrir en inconsecuencias que la parte contraria pretende cohonestar con el acatamiento á ciertas opiniones vertidas desgraciadamente en otro juicio, según afirma, pero cuya generalidad no ha justificado, ni justificada tendría la virtud de consagrar la legalidad de ninguna doctrina; pues, por buena que sea la jurisprudencia sentada, no hace ley sino en los casos que la ley determina. Contra la observancia de las leyes no se puede alegar, ni el desuso ni la costumbre ó práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella (artículo 9.º del Código Civil). En materia de tradición, no hay jurisprudencia obligatoria.

S. S. el Juez *a quo*, recuerda haber dictado resoluciones definitivas como la apelada, en otros juicios, y á buen título proclama su consecuencia doctrinaria en el actual.

No será de seguro, menor precedente el de aquel fallo, cuya autenticidad no desmentiría la parte contraria, que el de la sentencia anónima, por no decir apócrifa, que para aburrimento de mi parte y de V. S. ha transcrito pretendiendo convencernos de que no cabe adquirir la posesión de un inmueble comprado, sino en virtud de la tradición material de la cosa!

Es una verdad grande como un templo, que don H. J. M. (equivocadamente M.) adquirió por el título de f. 1 y la tradición ficta (el *CONSTITUTO POSSESSORIO*) equivalente á la real, los inmuebles que allí se indican y entre ellos los solares 20 y 21 que son objeto de la reivindicación en litigio. La posesión se ha transferido en mérito de la cláusula expresa de que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas la tendría á nombre del adquirente, interin no la tomase por sí el comprador M. De modo que, como lo he manifestado en mi alegato de bien probado (f. 76) y por el propio mérito de aquella circunstancia, que el inciso 1.º del artículo 742 del Código Civil hace equivalente á la entrega real, corpórea de la cosa, se ha convertido el erajenante, de poseedor con *animus domini* que era, en mero tenedor (artículo 628 del Código Civil) pasando la propiedad y posesión al adquirente señor M., á nombre del cual la cosa se mantenía en poder

del tradente, como lo ha reconocido justicieramente el Juez *a quo*.

Públicamente compró H. J. M. los solares disputados á P. y R. ¿Por qué? Porque su título es un instrumento público y en él resulta la transferencia del dominio y la cláusula transmisora de la posesión (párrafo final del artículo 742 del Código Civil). Porque además, exigiendo la ley la solemnidad especial, para la transmisión de los bienes raíces, de la inscripción en el Registro de Ventas (artículo 1638 del Código Civil), esta formalidad se ha cumplido, llenándose así también, una condición *sine qua non*, para que el dominio pueda transferirse con título hábil y tradición (artículos 748 y 750 del Código Civil). Doble publicidad la del título, y la de su inscripción que por sí sola equivaldría, según Vélez Sarsfield, á la tradición dentro del régimen francés de la transmisión de la propiedad inmueble, y que nuestras leyes han instituido, para salvaguardia de los derechos de terceros.

P. ha tenido que omitir el examen del Registro público de la propiedad inmueble conocido por *General de Ventas*, que la discreción le aconsejaba consultar por el fin natural de aquel Registro, para no darse cuenta de la venta que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas había hecho á H. J. M. con ocho años de anterioridad.

No le excusa la omisión por otro lado padecida, al no ponerse constancia de la venta en el título originario de la propiedad. Esta omisión la imputa impropriamente á H. J. M., cuando es imputable al escribano autorizante del contrato de venta, que es el obligado á ponerla, más por ministerio de la costumbre que de su oficio. No existe ley ni reglamento que imponga la anotación de la referencia. Todo comprador de bienes raíces ó similares no tiene otra fuente de pública información, así consagrada especialmente por la ley, que dicho Registro. Es esa la única auténtica, la única eficaz, la única solemne. A ese Registro ocurrió M. á dejar la constancia de su adquisición; debiendo saber desde entonces todo el mundo que él era el exclusivo dueño de la propiedad registrada, y que había dejado de serlo la persona física ó moral que se la había transmitido.

La Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas, hacía ocho años que se había desprendido del *animus domini* y de la posesión civil de los bienes aludidos. Luego no era dueña, y si no lo era, ¿cómo podía transferir á P. el dominio que no tenía, por la tradición? (número 1.º, artículo 744, Código citado). Se me argüirá que la venta de cosa ajena vale. Pero esto es sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción; es decir, sin perjuicio de la acción reivindicatoria, por ejemplo, ó sea del derecho á que la cosa se restituya al dueño con sus frutos y accesiones (artículos 651 y 663 del Código citado).

Es así que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas vendió á P. lo ajeno, y que por consiguiente, el dueño, señor H. J. M., ha demandado de los actuales detentadores de los solares reivindicados, sus frutos y accesiones, concluyendo el Juez de primera instancia por condenar á los demandados á esa restitución y debiendo S. S. el señor Juez de segunda instancia confirmar la sentencia respectiva.

Reconoce el apelante que es cierto que el artículo 742 del Código Civil dice que la tradición ficta equivale á la real, hablando en general (agrega) de traslaciones de dominio; pero incurrir en el grave y lamentable error de creer que la disposición especial del artículo 1654 del Código Civil que rige los casos de compraventa, como el *sub iudice*, es contradictoria de aquella otra, ó no con-

cuerdan entre sí ambas disposiciones: porque no se explica que quiera hacer aplicación del último con exclusión del primero, diciendo que tiene preferente aplicación en la causa el artículo 1654 con relación al 742.

Ahora bien; yo entiendo que ambas disposiciones se complementan y son igualmente aplicables al caso. El artículo 1654 establece que *cualquier que vendiere sucesivamente una misma cosa a dos personas, se estará a lo dispuesto en el artículo 1311*; esto es: el que primero adquiriera la posesión de buena fe ignorando el primer contrato, será preferido aunque su título sea posterior en fecha, con tal que haya pagado el precio, dado fiador ó prenda ó obtenido plazo para el pago.

El artículo 742 señala los modos de efectuar la tradición ficta, equivalente a la real, de la cosa que se ha de dar; y entre esos modos precisamente se menciona la cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión a nombre del comprador ó donatario.

Por la tradición se adquiere la posesión (artículo 733 del Código citado); en consecuencia, si por la cláusula expresada inserta en el título de f. 1, H. J. M. (por error M.), adquirió la posesión, claro está que confrontando fechas, fué el primero en poseer los solares cuestionados, y no P., así como también fué el primero en título hábil.

Por el contrato de f. 1, no es cierto que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas sólo se comprometiese a entregar dichos bienes, porque la entrega se hizo con el uso de una ficción de derecho, de la cláusula referida, con todos los efectos de una tradición real.

No otra cosa se infiere del sentido obvio y natural de las palabras de la ley, cuando expresan que *importa asimismo tradición ficta EQUIVALENTE A LA REAL*, la cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión a nombre del comprador ó donatario.

Esa tradición ficta es una forma de entrega; y siéndolo, ¿cómo se atreve, contra el buen sentido jurídico, afirmar el contrario que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas no entregó los solares a H. J. M.?

Donde la ley establece una equivalencia, no cabe en las atribuciones judiciales, ni con la sutileza del argumento opositor, destruirla.

La preferencia en el conflicto que surge de una doble venta, es del primer poseedor (artículo 1654 del Código citado); y bien ha dicho el Juez a quo, que la palabra poseedor debe tomarse en su acepción jurídica, y dentro de ésta, lo mismo es poseedor aquel a quien se le hace tradición ficta, que aquel otro a quien se le hace tradición real, puesto que la ley no distingue entre ambos poseedores y desde luego, a nadie le es dado distinguir.

No es lícito desatender el tenor literal de la ley, ni aún so pretexto de consultar su espíritu, cuando el sentido de la ley es claro (artículo 17, Código citado). El primero que tomó posesión de la cosa será el preferido; no importa la forma de adquirir la posesión, ó sea la especie de tradición, con tal que sea alguna de las que la ley enuncia.

Igualmente falsa es la afirmación contraria de que H. J. M. no se ha ocupado jamás de su terreno y ha permitido su venta en remate. Tan se ha ocupado de su terreno, (bien está dicho esto) que ha pagado año tras año la Contribución Inmobiliaria correspondiente, como reza de los títulos agregados. El remate tuvo lugar sin noticia privada, personal, de H. J. M.

En cambio, P. compró en remate sin asegurarse por medio del Registro de Ventas, de que la Compañía vendedora, ya en liquidación y en estado de insolvencia (circunstancias que debían despertar los mayores recelos del interesado), sin asegurarse, digo, de que el bien estaba disponible y pertenecía al patrimonio de esa institución,

por no haberse antes transmitido su dominio a tercero. P. ha comprado un bien que no era ya del vendedor, y sujeto a reivindicación porque la venta del bien ajeno no perjudica los derechos del dueño no extinguidos por la prescripción. El dueño sigue siendo dueño, y como tal puede reivindicar (artículos 440, número 5, 1643 y 651, Código citado).

Es injusto y agresivo atribuir a H. J. M. la complicidad del fraude del vendedor, porque no se preocupó, se dice, de exteriorizar a los ojos de los demás su calidad de comprador; cuando es lo evidente que su calidad está de manifiesto en un documento público, pues que lo es la escritura de compraventa, doblemente pública desde que fué registrada en el término legal para testimoniar a todos la verdadera calidad del comprador, su propiedad, que el hecho de la posesión corporal no habría testimoniado por sí solo.

La tradición ficta equivale a la real, arguye el contrario, respecto del vendedor, de terceros que aleguen derechos sobre la cosa, en la generalidad de los casos menos en el caso de la doble venta, en que el segundo adquiere la cosa de buena fe. Esta adquisición de buena fe es la aprehensión material de la cosa comprada, no la aprehensión impuesta; la posesión no admite ficciones.

Son estas, dos conclusiones desprovistas de todo fundamento legal. ¿Cuál es la ley que confiere a la tradición ficta los efectos de la tradición real, en todos los casos menos el de la doble venta? ¿Dónde está la ley que define la adquisición de la posesión de buena fe por la aprehensión material de la cosa comprada? En vano hemos escudriñado en el Código Civil, en el que hallamos el artículo 1654 y sus correlativos el 1311 y 1315, cuyo sentido natural y obvio describimos y a cuyo alcance repugna semejante diversificación de supuestos.

¿Que la posesión no admite ficciones?

¿Y qué otra cosa son los modos de adquirir la posesión de *longæ manus* y de *brevis manus*, de los artículos 739, 640 y 741, respectivamente, del Código Civil, y el *constituto posesorio* del artículo 742, número 1.º? Puesto que son ficciones, ó que por tales ficciones se adquiere la posesión, derivativamente, es que esas especies de tradición se denominan legalmente *simbólicas ó fictas*.

Escribire, que con tan poco acierto como con tanta audacia cita el contrario, define el *constituto posesorio* diciendo que es, también como otras que antes trata, una ficción del derecho, por la cual se supone que uno que ha enajenado una cosa, la pasa al poder del adquirente, y que éste la vuelve al enajenante para que la posea no en nombre propio sino en el del adquirente, de suerte (llamo la atención) que el primero se queda sólo con la posesión corporal, trasladando al segundo no sólo la propiedad sino también la posesión civil (ver el epígrafe ENTREGA). El clásico derecho español, calcado en esta parte sobre el derecho romano, concuerda en esas ficciones con el derecho uruguayo vigente, ó mejor, éste con aquél. Las disposiciones de los artículos 738 a 744 del Código Civil, son tomadas al pie de la letra de la Partida 3.ª, títulos 28 y 30.

Para dar cuenta de ello bastará pasar la vista por las concordancias y notas del doctor Aréchaga, anexas al texto de dicho Código.

Y por todas esas Leyes de Partidas, lo mismo se adquiere la posesión a *longæ manus* que a *brevis manus*, que por el *constituto posesorio*, que por la entrega real ó corporal de la cosa, sin distinguir la causa por la cual se transmite el dominio, sea venta, donación, etc. Por el Código Civil Español actual, artículo 1859, cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a dife-

rentes personas, por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título en el «Registro Público de los Derechos Reales», similar de nuestro «Registro de Ventas»; hace, pues, la inscripción, el *oficio de tradición*, respecto de aquella especie de bienes. El estudio de la ley madre española y de sus glosadores (como Tapia, en el Febrero Novísimo, Escriche y Goyena), no hace más que confirmarme en la seguridad del derecho de mi parte y de la justicia con que el juez *a quo* ha condenado á los demandados á la restitución de la cosa reivindicada.

La Comisión revisora del Proyecto de Código Civil Uruguayo, si bien encarece la conveniencia del principio de la *tradición* para la transferencia del dominio, mantiene, no contraría al menos, la clasificación del Proyecto en *tradición real, simbólica ó ficta*, según convenga á la naturaleza y condición de las cosas, atribuyendo á todas esas modalidades los mismos efectos, igual alcance, á diferencia de lo que pasa en Prusia, v. gr., donde la *adquisición de la propiedad no es perfecta sino por la tradición real* (artículo 3.º, título 10, Parte 1.ª del Código Civil).

Es así de esta suerte, que el informe de la Comisión no puede invocarse como un precedente en apoyo de la tesis contraria.

Trata en general de la *tradición*, sin particularizarse con alguna de sus especies, dejando subsistente la clasificación del Proyecto, á los efectos que el mismo se propuso y produce desde que fué hecho ley de la Nación.

Yo invocaré también en apoyo de mi tesis la opinión autorizada de juriconsultos de la talla de José P. Ramírez y Pablo De-María, el tratado «De la posesión», de José Salgado, joven abogado cuya tesis sobre la materia mereció los honores de la muy alta calificación de *sobresaliente*, del tribunal universitario. Invocaré el *consensus* general, la opinión unánime de nuestros notarios, que reputan la cláusula del *constituto posesorio*, no como una vana fórmula de cajón, valga la frase de la defensa contraria, sino como una manera de transferir efectivamente la posesión al adquirente de la propiedad.

Puede invocar, no más, la parte contraria, en su favor la sentencia *cuasi-apócrifa* que recayó en un asunto de un Banco *incógnita*. Que para tal causa, semejante defensa. ¡Habrás visto sentencias malas, pero como la de marras ninguna peor ni tan descabellada! Allí como en ninguna se retuerce el sentido llano, literal, de la ley, negando al *constituto posesorio* los efectos civiles de la tradición real, que la ley le atribuye expresamente; pues, con esa cláusula, y á pesar de esa cláusula, según la sabia opinión de aquel Juez *innominado*, el Banco *incógnita* permaneció siendo dueño y poseedor del terreno, en cuestión entre unos (tontos) que habían pagado el precio, habiéndose operado recién la tradición con la posesión real y efectiva tomada por un tal S. ¡Oh Jueces, para los que las leyes son letra muerta! ¡Cómo gira, á despecho de la ley aquel largo y pesado raciocinio llamado sentencia, cómo gira en torno de un mismo sofisma: *la tradición real, única!* El vencido por tan erudita sentencia, que bien pudiera ser un notable profesor de derecho, un maestro, ha debido exclamar al fin, parodiando á la defensa de P. y R. «¿Cuándo será el día feliz en que las opiniones personales de los magistrados cedan al imperio de la ley que á nadie le es dado desconocer?»

Felizmente ese día llegó para la buena causa de mi cliente, con la alborada de un fallo que hará honor á la justicia del país por su forma y por el gran fondo de verdad que tiene. Ese día será también el de la confirma-

ción de ese fallo, que V. S. está llamado á decretar con rectitud é ilustración.

Por tanto, y por los fundamentos de la sentencia apelada, de la demanda y de mi alegato de f. 75, que doy aquí por reproducidos, súpase V. S. sentenciar en definitiva como lo he solicitado. Será justicia.

Inocencio Cruces.

DAMIÁN VIVAS CERANTES,

Abogado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos: en segunda instancia el presente juicio seguido por don H. J. M. contra don F. P. sobre reivindicación, venido á conocimiento de este Juzgado en virtud de apelación interpuesta por la parte demandada contra la resolución de f. 107 dictada por el señor Juez Letrado Departamental doctor Gard y San Juan,—

Aceptando este Juzgado los hechos establecidos en dicha resolución, así como los fundamentos de derecho allí consignados, con cuyos fundamentos comparte en un todo el sentenciador y los hace suyos; y

Considerando: Que la cuestión en debate ha sido diversas veces discutida en nuestros Tribunales, y si bien es cierto que el criterio para resolverla, no siempre ha sido igual, no es menos cierto que la doctrina que en la mayoría de los casos ha primado es la que defiende la parte actora y aplica el señor Juez *a quo* en su resolución y que en concepto del que suscribe es la que se ajusta estrictamente á los principios que establece nuestra ley civil;

Considerando: Que la cuestión de que trata el caso *sub judice* es saber: quién de los adquirentes ó causahabientes de la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas fué el primero que tomó la posesión del inmueble objeto de este litigio. Esa cuestión queda resuelta con el examen de los títulos que cada parte ha presentado como prueba en estos autos. Del título del señor M., llamado por error M. en el mismo título, cuyo error ha sido subsanado debidamente en autos, resulta que la Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas, en el momento de la enajenación no sólo le transfirió á su vendedor la posesión de que ella disfrutaba, sino que se obligó á conservarla á su nombre, estableciéndose al efecto en la respectiva escritura que lleva fecha 17 de diciembre de 1891, la siguiente cláusula: «que confiere el más bastante poder que por derecho se requiere para que por sí ó judicialmente tome la posesión (el comprador M.) que le compete, é *interin* no lo efectúe la tendrá á nombre del adquirente, é idéntica cláusula se estableció en la escritura de fecha 2 de agosto de 1897 (corriente á f. 52) por la cual don F. P. adquirió la propiedad anteriormente enajenada por la misma Compañía Nacional de Crédito y Obras Públicas al señor M., de lo cual resulta que la posesión del bien objeto de este litigio fué tomada con antelación por el primer adquirente, conforme á lo establecido en el inciso 1.º del artículo 742 del Código Civil, desde que la tradición *ficta* en el caso, equivale á la *real* y produce los mismos efectos de la tradición de que habla el artículo 735 del mismo Código;

Considerando: Que la defensa de la parte demandada tiende á demostrar que habiendo el señor P. tomado la posesión de la cosa, por hechos que demuestran la

aprehensión corporal de la misma cosa, las disposiciones aplicables al caso en discusión, no son las que se refieren á la tradición, sino las que estatuyen los artículos 1311 y 1315 del mismo cuerpo de leyes antes citado, desde que el primero de esos artículos establece: «si uno se obliga sucesivamente á entregar á dos personas diversas una misma cosa, el primero que adquiere la posesión de buena fe ignorando el primer contrato, es preferido aunque su título sea posterior en fecha, con tal que haya pagado el precio, dado fiador ó prenda, ó obtenido plazo para el pago», en cuyo caso entiende esta parte se encuentra ella y no M., desde que éste no entró en la posesión por medio de la aprehensión corporal de la cosa, no debiendo entenderse que la cláusula establecida en la escritura de venta hecha á su favor, por la cual los enajenantes le dieron la facultad de tomar esa posesión, é interin no lo efectuaba, sería tenida por ellos á su nombre, no le da á aquél el carácter de poseedor, en la forma establecida por el ya citado artículo 1311 del Código Civil. No es posible aceptar tal teoría ni hacer un distinguo que la ley no hace (artículo 17 del Código Civil); la disposición del inciso 1.º del artículo 742 del Código referido da á la cláusula enunciada, cuando ella ha sido establecida expresamente en la respectiva escritura de enajenación, el mismo valor que si el adquirente hubiera tomado la posesión real conforme á lo estatuido en el ya mencionado artículo 735, siendo esta precisamente la forma en que en diversos asuntos se ha interpretado nuestra ley en casos análogos al que motiva esta resolución. (Ver *Tratado sobre la posesión*, del doctor José Salgado, págs. 96 á 99);

Considerando: Que el artículo 1311 del Código Civil, en que apoya la defensa la parte demandada, á juicio del proveyente, tiene su aplicación cuando la posesión del primer adquirente no ha sido tomada, ni en la forma que establece el artículo 735 del Código Civil, ni en la escritura de traslación de dominio se ha establecido la cláusula á que hace referencia el número 1.º del artículo 742 del mismo Código; pues entonces, el segundo comprador que se encuentra en alguno de los casos enunciados debe ser preferido siempre que esté dentro de las condiciones prevenidas en el recordado artículo 1311, y no siendo esto así, no puede alegar mejor derecho á la posesión que ha tomado otro primeramente y cuyo título es anterior en fecha y esa misma posesión está encuadrada dentro de las prescripciones de la ley;

Por estas consideraciones, y atento á lo preceptuado por el inciso 1.º del artículo 732 del Código de Procedimiento Civil, definitivamente juzgando, fallo: confirmando con costas la sentencia apelada, y en su mérito devuélvase el expeliente al Juzgado de su procedencia, á sus efectos.

Montevideo, octubre 19 de 1908.

Wenceslao Regules.

Labor de los Jueces de Paz

Procedimientos judiciales

JUICIOS VERBALES. ¿PROCEDE UNA TERCERA AUDIENCIA PARA RECIBIR LA PRUEBA DE TACHAS? ¿QUÉ PROCEDIMIENTO DEBE SEGUIRSE EN LA PRESENTACIÓN Y DETERMINACIÓN DE TESTIGOS QUE VAN Á DECLARAR SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO?

El primer tema confiado al estudio de esta Comisión no admite legalmente más que una sola solución, y ella puede concretarse en los siguientes términos: No procede la designación de tercera audiencia para la prueba de tachas.

El artículo 610 del Código de Procedimiento Civil es terminante. Los Jueces de Paz, establece él, «procederán también en juicio verbal en una sola audiencia, ó en dos si las partes ofrecen probanzas...»

Surgen, es verdad, graves inconvenientes de la admisión á la letra del artículo mencionado, y esa gravedad estriba precisamente en la circunstancia de ser la prueba testimonial la prueba por excelencia en los juicios que se ventilan ante los Jueces de Paz. En efecto, siguiendo estrictamente el procedimiento legal, no debería—en los casos en que se aleguen hechos sobre los cuales debe producirse prueba—admitirse ninguna clase de exposiciones en el tiempo que medie entre la primera y la segunda audiencia.

«El día de la primera audiencia, el Juez decretará la fecha en que deba celebrarse la segunda, y á ésta deberán concurrir las partes con sus testigos» (artículo 583, Código citado). Bien pueden las partes prescindir de la citación judicial de los testigos, conduciéndolos personalmente ó invitándolos á concurrir el día señalado para la audiencia. Es esta la interpretación que corresponde dar al artículo 583 citado, y ella está corroborada por lo que dispone el artículo 622, cuando dice que «si la parte al presentar testigos ó peritos para alguna operación, solicitar que sean citados, el Juez de Paz entregará á la parte requiriente la cédula de citación», etc. Es más aún. A estar á los términos del artículo 583, las partes no necesitan ni siquiera mencionar los nombres de los testigos en cuyas declaraciones han de fundar su derecho; bastará que en la primera audiencia hayan declarado que harán uso de esa prueba, para que el Juez la decrete.

Ahora bien, los inconvenientes referidos se aprecian desde luego: en virtud de la importancia que reviste en los juicios verbales la prueba testimonial, las partes dentro del procedimiento legal indicado serían objeto de burlas recíprocas, pues no conociendo de antemano los testigos de que se valdrá su contraria, se verían imposibilitadas para tacharlos, ejerciendo el derecho que les acuerda el Código; y decimos que no podrían hacer valer este derecho, porque no podrían, sin saber quiénes son esos testigos, llevar de antemano una prueba suficiente para justificar esa tacha.

En tales condiciones, ésta nunca sería posible, viniendo á ser ineficaz precisamente cuando se hacen más necesarias las disposiciones comprendidas en los artículos 404 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

¿Qué solución deberá aconsejarse? ¿Se deberá obligar á las partes á que indiquen los testigos de que se val-

drán, en la audiencia inicial? ¿Se ordenará ó señalará un plazo de dos ó tres días antes de la fecha señalada para la audiencia de prueba, á fin de que las partes, por medio de exposiciones, indiquen sus testigos, cuyos nombres se harán conocer á la parte contraria?

La primera fórmula no es aceptable. Hay en su contra una razón poderosa, y es la de que se violaría el principio que debe tenerse siempre en cuenta tratándose de actos de procedimiento, es decir, la igualdad absoluta en que deben estar colocados los litigantes. El actor en la fórmula tratada, estaría en condiciones ventajosas con respecto al demandado; vendría á la primera audiencia con su prueba preparada, mientras que el demandado, ignorante las más veces de la causa de la citación, sería tomado de sorpresa y colocado en este dilema: ó no produce prueba, ó falta á la verdad inventando una en el momento. Es innegable que nadie improvisa su prueba, tanto más cuando se trata de prueba testimonial; es necesario buscar... y encontrar los testigos; averiguar quiénes pueden estar en conocimiento de los hechos sobre que versa la discusión, y esto no puede hacerse en la misma audiencia y en el espacio de tiempo que en ella se emplea. Si el demandado, tomado sin prueba en la audiencia inicial, se decide por el segundo procedimiento, es decir, produce una prueba fingida *obligado* por las circunstancias en que tiene que producirla, indicaría falsos testigos para después buscarlos y debidamente alocucionados presentarlos para contrarrestar la prueba del actor. En cualquiera de los dos casos se vería expuesto á perder un pleito en que, tal vez, la razón esté de su parte. El procedimiento analizado es, pues, injusto y como tal no debe ser admitido.

Veamos si es más aceptable la segunda fórmula, es decir, el de la indicación de los testigos en exposiciones intermedias entre ambas audiencias y dentro de un plazo señalado de antemano.

Desde luego podemos decir que las partes pueden, usando de la facultad que les acuerda el artículo 622 del Código de Procedimiento Civil, solicitar que los testigos ó peritos sean citados por el Juzgado, y en tal caso es innegable que cabe perfectamente dentro de la ritualidad del juicio verbal, la exposición *espontánea* de la parte pidiendo que se cite á determinada persona para que concurra á la audiencia señalada á prestar declaración. Tal pedido tiene por principal objeto poder hacer obligatoria la concurrencia del testigo por la aplicación del apercibimiento del artículo 382. El actor podría hacerlo, desde la primera audiencia, puesto que ya sabrá entonces la prueba con que cuenta; pero el que pueda hacerlo desde un principio, no le priva del derecho de hacerlo en todo momento hasta la audiencia señalada para la prueba, con la salvedad establecida por el artículo 381, que siendo de carácter general, y no estando derogado por ninguna disposición especial, rige también en este caso. Quiere decir, pues, que las partes tienen derecho para pedir que un testigo sea citado por el Juzgado, siempre que la citación se haga con un día por lo menos de anticipación, respetándose así lo que preceptúa el artículo antes citado. Pero el plazo de veinticuatro horas puede ser insuficiente, y lo es en realidad: el pleito puede así ganarse por sorpresa, puesto que notificándose á la contraparte el nombre del ó de los testigos dentro de un término tan angustioso, muy bien puede ocurrir que aquélla no tenga tiempo material ni para preparar su prueba de tachas ni para pedir, si lo desea, que sean citados por la justicia los testigos que acreditarán las tachas por ella propuestas.

A fin de evitar este inconveniente, se impone el recur-

so implantado en la práctica, de designar dentro de un plazo determinado por el Juez, los nombres y domicilios de los testigos de que las partes se valdrán. No hay ninguna disposición legal en qué apoyar tal procedimiento, pero es un recurso que concilia perfectamente todas las situaciones é intereses, y sin ser ilegal, es la aplicación del principio de analogía. Para que los litigantes puedan conocer de antemano á los testigos y estar habilitados para tacharlos, y para que las dos audiencias tengan su consagración cumplida, debe el Juez ordenar que los nombres de aquéllos se determinen, á más tardar tres días antes del señalado para la prueba. Este término puede ser equiparado al de la citación ó *noticia* en los juicios de mayor cuantía: sería, pues, la aplicación de esta regla procesal (artículo 206 del Código de Procedimiento Civil).

El procedimiento legal, el que contempla el principio antes enunciado y el no menos importante de la simplicidad de los juicios, es el sistema de las dos audiencias únicas: la inicial, que además de la exposición de los hechos y de la propuesta de conciliación formulada por el Juez, constará del ofrecimiento de prueba hecho por las partes, y la designación de fecha para el diligenciamiento de la misma; y la segunda audiencia, á la que concurrirán las partes con sus testigos, en la que el Juez tomará las declaraciones de éstos y dictará la sentencia, pudiendo proveer por separado, en virtud de la facultad expresa que le acuerda la misma ley (artículo 620). Pero todo ello, sin perjuicio de que, si ambas partes ó alguna de ellas no hubiere determinado los nombres de los testigos en la inicial, lo hagan en el intervalo entre las dos audiencias, hasta tres días antes del señalado para la de prueba, con el fin de hacerlos conocer de la otra parte. También es sobreentendido que si alguna de las partes, conocidos esos nombres, desea formular otra exposición, pidiendo la citación de otros testigos que constituirán su prueba de tachas, deberá concedérsele á los efectos de los artículos 381 y 382 del Código de Procedimiento Civil.

Resuelto este punto, surge ahora el otro, en el cual se encierra el tema planteado. La solución está indicada por la misma ley. Como ésta no habla más que de dos audiencias, es en la segunda donde deben ofrecerse y probarse las tachas opuestas; y con mayor razón resuelta como ha sido la cuestión anterior, con la que se armoniza plenamente.

En la ausencia de una disposición expresa que fije el término que debe regir para las tachas en los juicios verbales, debe resolverse el punto de acuerdo con la índole de éstos y con la intención del legislador de proceder económica y sumariamente. En estos juicios no es exacto ni legal el hablar de incidentes. Y la ley marca expresamente que en esas dos únicas audiencias se verifiquen todas las discusiones y las pruebas, sin separación de causa principal y de incidentes. Por tanto, ni debe señalarse nueva audiencia para la recepción de las tachas (porque ello contraría el artículo 610 citado) ni menos es de aplicación el artículo 408 del mismo Código, desde que en los juicios verbales de paz no hay publicación de probanzas.

No se trata, pues, de *interpretación* de ley ni de omisión. La solución que—repetimos—es la legal, es también la justa y equitativa. La prueba puede perfectamente producirse sin sorpresas, puesto que si se trata de tachas á las *personas* de los testigos, conociendo de antemano la contraparte el nombre de ellos, (resolución

de la primera cuestión) está habilitada para llevar preparada su prueba de tachas, y si se refiere á sus dichos, en la misma audiencia puede hacer valer sus derechos.

La acordada dictada por el Superior Tribunal el año 1874, que se ha mandado tener en cuenta por otras posteriores á la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, inspirada en propósitos de brevedad, facultada á los Jueces de Paz para suspender la audiencia al solo efecto de probar las tachas. Pero esta suspensión ó prórroga debe dejarse al arbitrio del Juez, por imposibilidad de tiempo ó otra causa análoga, porque de otra manera se desnaturalizaría el propósito primordial de la ley.

En conclusión: esta Comisión aconseja que la Asamblea de Jueces de Paz declare que el procedimiento legal al que deberán ajustarse es el de las dos audiencias únicas, (artículo 610 del Código citado) con obligación para las partes (cuando no lo hagan en la inicial) de indicar los testigos de que se valdrán en el intervalo entre aquellas y hasta tres días antes del señalado para la audiencia de prueba; y que en esta última audiencia debe verificarse la prueba de tachas, sin perjuicio de su suspensión ó prórroga cuando el Juez lo estime conveniente ó necesario.

Montevideo, septiembre de 1908.

José M. Reyes Lerena—
Alfredo Costa Gutiérrez—A.
C. Brignole.

Proyecto de Ley de Marcas para la República del Ecuador ⁽¹⁾

(Continuación)

Artículo 16. En la solicitud se expresará:

- 1.º El nombre y domicilio del dueño de la marca.
- 2.º Una relación ó descripción detallada de la marca, determinando las reservas que se hagan acerca de sus partes esenciales.
- 3.º El artículo ó artículos para que se destina la marca.
- 4.º La nacionalidad de la marca.
- 5.º El país, y la ciudad ó lugar en donde se elabore el artículo.

Art. 17. Presentada la solicitud, el Subsecretario del Ministerio anotará el día y la hora en que la reciba, foliará y rubricará cada una de las hojas y la pondrá en conocimiento del Ministro dentro de tres días. Si no la pusiere en conocimiento dentro de ese plazo, se le impondrá la multa de veinte sucos por cada día de retardo.

Art. 18. Si la solicitud estuviere de acuerdo con los artículos 15 y 16, y si la marca no contraviene al artículo 6.º, el Ministro ordenará que se publique semanalmente en el periódico oficial durante el término de tres meses.

(1) Véase el número anterior, pág. 43.

Art. 19. Si alguien alegare que la marca inscrita le pertenece, por haber sido él el primero que, pública y notoriamente ha hecho uso de ella en los últimos cinco años, ó que la marca contraviene al artículo 6.º, podrá oponerse á la inscripción de ella. El Ministro enviará los antecedentes á cualesquiera de los Alcaldes cantonales de la Capital, para que se resuelva el incidente en juicio ordinario.

Art. 20. Publicada la solicitud y transcurridos los tres meses, si no hubiere oposición, el Ministro ordenará la inscripción de la marca.

Art. 21. Cualquiera que se crea perjudicado, podrá solicitar la nulidad de la inscripción, si estuviere inscrita; pero esta acción prescribirá en cinco años, contados desde la fecha de la inscripción. La acción se ventilará en juicio ordinario.

Art. 22. En las acciones previstas en los artículos 19 y 21 que anteceden, si la sentencia fuere favorable al actor se anulará la inscripción, ó se repelerá la solicitud en caso de oposición. En ambas acciones se condenará al que la pierda, al pago de daños, perjuicios y costas.

Art. 23. El dueño de la marca pagará por derecho de inscripción ó renovación veinticinco sucos, por el registro y certificado de transferencia diez sucos.

Art. 24. No es necesario que preceda la publicación prescripta en el artículo 18, para la renovación de una marca previamente registrada según esta ley.

Art. 25. En el mismo decreto en que el Ministro dé la inscripción, dispondrá que se archive el proceso, y que se confieran al peticionario la copias que solicitare. El Ministro devolverá, anotado, uno de los ejemplares de la marca al peticionario.

Art. 26. El decreto de inscripción se transcribirá literalmente en el Registro, fijándose así la fecha de él. El Subsecretario certificará que es copia del decreto expedido por el Ministro y señalará el número del proceso en que consten las actuaciones originales.

Art. 27. Los efectos de la inscripción se retrotraen á la fecha en que fué solicitada.

Art. 28. El Registro se formará cada año, de las inscripciones que desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre se hubieren hecho.

Las inscripciones se efectuarán á continuación, sin dejar entre una y otra más espacio que el de un renglón, y siguiéndose el número que corresponda á la fecha del decreto sobre inscripción.

Al fin de cada registro se formará un índice alfabético de los solicitantes, expresándose el número de la inscripción y la página en que consta.

También los procesos serán numerados y la numeración corresponderá á la de la inscripción.

Art. 29. La inscripción de una marca sólo tiene valor por veinte años; terminado este plazo, caducará, si oportunamente no se obtuviere su renovación. Cada renovación durará veinte años.

Toda inscripción puede renovarse antes que caduque, y después que se hayan pagado los derechos prescriptos en esta ley. Presentado el correspondiente recibo al Subsecretario del Ministerio, anotará éste en el Registro la renovación de la marca, y dará al interesado un certificado, ó anotará la renovación en el ejemplar de que trata el artículo 25.

Art. 30. El papel que se empleará en las solicitudes y diligencias sobre inscripción será el sellado de quinta clase.

Art. 31. El Subsecretario del Ministerio deberá dar, en el respectivo papel sellado, y sin exigir derechos, las copias que se le pidan.

CAPÍTULO IV

De los nombres, enseñanzas, etc.

Artículo 32. El nombre del comerciante ó productor, el de la razón social, el de las sociedades anónimas, el de la muestra ó la designación de una casa ó establecimiento que negocie en artículos ó productos determinados, constituyen una propiedad para los efectos de esta ley.

Art. 33. El que quiera ejercer una industria, comercio ó ramo ya explotado por otra persona, con el mismo nombre ó con la misma designación convencional, adoptará una modificación que haga que ese nombre ó esa designación sea visiblemente distinta de la que usare la casa ó establecimiento preexistente.

Art. 34. Si el perjudicado por el uso de un nombre no reclamare en el término de un año desde el día en que se empezó á usar notoriamente por otro, perderá su acción á todo reclamo. Esta acción se ventilará en juicio ordinario.

Art. 35. Las sociedades anónimas tienen derecho al nombre que llevan, como cualquier particular y están sujetas á las mismas limitaciones.

Art. 36. El derecho al uso exclusivo del nombre como propiedad, se extinguirá con la casa de comercio que lo lleve ó con la explotación del ramo á que estuviere destinado.

Art. 37. No es necesario el registro del nombre para ejercer los derechos acordados por esta ley.

CAPÍTULO V

De las penas

Artículo 38. Se castigará con una multa de 500 á 1,000 sucres y prisión de seis meses á un año:

- 1.º Los que imitaren una marca original.
- 2.º Los que vendan ó ofrezcan en venta, compren ó guarden, marcas imitadas.
- 3.º Los que vendan ó ofrezcan en venta, compren ó guarden marcas originales sin el consentimiento del dueño, lo que se presume cuando haya protesta de parte de éste.
- 4.º Los que hagan uso de marcas imitadas, poniéndolas en sus artículos que elaboren ó en las mercaderías con que comercien, lo que se presume contra el que tuviere, venda ó ofrezca en venta dichas mercaderías.
- 5.º Los que compraren, vendieren ó ofrezcan en venta mercaderías que lleven marca imitada, lo que se presume si se encontraren las expresadas mercaderías en sus tiendas, almacenes ó bodegas.

(Continuará).

Código de Procedimiento Civil ⁽¹⁾

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—INFORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁMARA.

(Continuación).

Es un presente griego—á mi juicio, señor Presidente—el que damos en general, con la institución de los Jueces Letrados en campaña, en esas condiciones.

Esto no quiere decir, señor Presidente, lo digo ahora y siempre, que no hayamos avanzado mucho llevando á esos jóvenes ilustrados á la campaña y llevando con ellos un contingente poderoso de actividad, ilustración y progreso para el país.

Sí, señores: yo no acepto, y sostendré siempre en este recinto, en cualquier parte que pueda, tendré el gusto de ponderar los beneficios de los Jueces Letrados en campaña, pero con jurisdicción limitada, señor Presidente, con cantidad fija no la que tenían los Alcaldes Ordinarios—Voy más lejos: yo no la limito á 3,000 pesos. No, señor Presidente.

Yo creo que tienen ventaja sobre los Alcaldes Ordinarios.

Debemos ir á otra cantidad mayor, como la que propongo en el proyecto que después tendré ocasión de presentar, de proponer á la consideración del Senado; cantidad mayor, porque es natural, no son legos como los Alcaldes Ordinarios—sí bien no tendrán la práctica como otros muchos abogados que se han encanecido en la magistratura, en la abogacía, pero indudablemente son mucho más competentes que una persona lega.

Por consiguiente, en ese sentido y bajo otros puntos diversos, los Jueces Letrados de campaña han hecho un servicio eminente al país.

Pero yo me propongo, señor Presidente, ponerlos en límite justo y equitativo: ni quitar los Jueces Letrados de campaña, para lo cual no daría mi voto, ni mucho menos sería capaz de iniciar la reforma en ese sentido, ni tampoco conservarlos por el hecho de estar establecida su jurisdicción ilimitada.

La reforma en esta materia, como en todas, se opera por la práctica, por el convencimiento, por los resultados que dan esas instituciones.

No es la primera vez que la ensayamos en nuestro país, señor Presidente.

Es sabido que en épocas más lejanas se tuvieron los Juzgados Letrados Departamentales y después se retiraron, por razones que no son del caso enumerar.

Pero yo no voy hasta ahí.

Sostengo y repito que sostendré esa institución á todo trance.

En virtud de estas consideraciones, señor Presidente, yo propongo este otro artículo por el artículo 95 del Código Civil de Procedimientos.

Pediría á la Mesa se sirva ordenar la lectura del artículo 95 del Código de Procedimientos.

(1) Véase el número anterior.

(Se lee):

«Artículo 95. Los Jueces Departamentales de campaña conocerán en primera instancia en todas las causas civiles, comerciales y de intestados que ocurran en sus respectivos departamentos, desde el máximo respectivamente fijado á los Jueces de Paz en los artículos 88 y siguientes: también conocerán de las causas de divorcio ó nulidad de matrimonio civil y de los mencionados en los artículos 43 y 45».

Propongo, señor Presidente, que en lugar de ese artículo se declare ilimitada la jurisdicción en general de los Jueces Letrados Departamentales y se sustituya con un artículo 95 que la limita á cantidad fija, cuyo artículo acabo de mandar á la Mesa para que se sirva leerlo.

(Se lee el siguiente):

«Artículo 95. Los Jueces Departamentales de campaña conocerán en primera instancia en todas las causas civiles, comerciales y de intestados que ocurran en sus respectivos departamentos, desde el máximo respectivamente fijados á los Jueces de Paz en los artículos 88 y siguientes, hasta la cantidad de 6,000 pesos: también conocerán en las causas de divorcio ó nulidad de matrimonio civil y de los mencionados en los artículos 43 y 44, cuando no se suscite controversia, sobre suma mayor de la que se les atribuye por este artículo».

Continúo, señor Presidente.

Con este artículo sustitutivo y con los demás correlativos en su caso,—si tuviera el honor de merecer el apoyo del Senado,—se vendría á llenar la reforma.

Como se ve, en mi Proyecto se establece y fija en 6,000 pesos la cantidad de que pueden conocer los Jueces Letrados de campaña, en los asuntos civiles y comerciales y con relación á este artículo 95 también conocen.... (Leyó).

He tenido necesidad de agregar que conocerán en otros casos, toda vez que no se suscite controversia sobre cantidad mayor que la que este artículo determina.

Si, pues, este artículo sustitutivo tuviera el honor de ser apoyado por el Honorable Senado, creo que llevaríamos la ventaja, no solamente á la Capital, como alguien pretende, sino sobre todo á la campaña.

(Apoyados).

SR. PRESIDENTE.—¿Me permite el señor senador?

¿Es todo lo que tiene que presentar, esta modificación?

SR. SALVAÑACH.—El artículo 95 quedaría entonces redactado tal cual yo lo propongo.

SR. PRESIDENTE.—¿Pero no tiene alguna otra modificación que hacer?

SR. SALVAÑACH.—Respecto del artículo 95 no, señor Presidente.

Vendrán otros artículos correlativos á éste, por ejemplo, el 97, que también tendría que modificarse en consonancia con este artículo.

SR. PRESIDENTE.—Hacia esta pregunta, porque importando lo que propone el señor senador, modificaciones esenciales, deberían pasar á la Comisión de Legislación.

En el concepto de la Mesa no pueden entrar en discusión.

(Apoyados).

SR. SALVAÑACH.—Yo, señor Presidente, respeto mucho la opinión de la Mesa, pero me permito hacer esta indicación: que se trata de la misma ley, no se trata de ley distinta. Estamos modificando el Código Civil de Procedimientos y consiguientemente, pueden entrar estas modificaciones como todas las demás.

No puede considerarse como un Proyecto enteramente desligado del Código de Procedimientos.

Tan es así, que es la misma práctica que se ha seguido en la Cámara de Representantes en este asunto.

En el Proyecto primitivo fueron dos artículos ó tres iniciados por el señor representante doctor don Joaquín Requena y García, que hizo allí las modificaciones relativas á los artículos, sobre deserción de los recursos, y luego, con motivo de estos artículos, se ha iniciado una reforma mucho más general del Código de Procedimientos.

Porque es natural, señor Presidente: no se comprende cómo no puede tener atinencia y puede ser completamente relativo al mismo Proyecto este artículo con los demás que acabamos de sancionar y discutir.

¿A dónde iríamos á parar si para cada artículo fuera necesario hacer un proyecto de ley distinto?

No tendríamos objeto. A mi juicio, perderíamos el tiempo y no seríamos consecuentes.

Además, el Honorable Senado recordará, como he dicho antes, que cuando este asunto se trató en discusión general, manifesté estas opiniones y fueron aceptadas en general, sin perjuicio de lo que dejó indicado muy ligeramente, señor Presidente.

Espero que el Senado...

SR. PRESIDENTE.—La Mesa puede equivocarse; sin embargo, pondrá á discusión del Honorable Senado si quiere considerar ya la modificación.

SR. FIGUEROA.—Yo creo, señor Presidente, que está en el buen terreno el señor senador por San José.

(Continuará).

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 4--AÑO XV

ALCANCE DE LA REVERSAL DEL AÑO 1857. Párrafos de un informe «in voce» del doctor L. Echevarría, pág. 49.

JURISPRUDENCIA:

SOBRE REIVINDICACIÓN. DOBLE VENTA Y TRADICIÓN FICTA: La cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa á nombre del comprador, importa tanto como la tradición real.

Quando una misma cosa es vendida sucesivamente por el mismo vendedor á dos personas distintas, insertándose en los contratos respectivos la cláusula de la referencia anterior, se reputa legalmente primer poseedor al primer comprador, con tal que haya registrado oportunamente su título, pág. 51.

LABOR DE LOS JUECES DE PAZ.—Procedimientos judiciales: Juicios verbales: ¿Procede una tercera audiencia para recibir la prueba de tachas? ¿Qué procedimiento debe seguirse en la presentación y determinación de testigos que van á declarar sobre el fondo del asunto?, pág. 60.

PROYECTO DE LEY DE MARCAS PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, pág. 62.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—Historia de las reformas de 1883, pág. 63.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO, 18 de Julio 23

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
« Acosta y Lara, Federico E.
« Aguirre y González, Juan.
« Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
« Arocena, Alejo.
« Artagaveytia, Adolfo.
« Berro, Carlos A.
« Berindague, Martín.
« Brito del Pino, Eduardo.
« Brignole, Atilio C.
« Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
« Castro, Juan P.
« Castillo, Scarpio del.
« Capella y Pons, Francisco.
« Cremonesi, José.
« Coustau, Juan (B. Aires).
« Cubiló, Justo.
« De-Maria, Pablo.
« Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
« Díaz, Teófilo Eugenio.
« Díaz, Ramón.
« Escalada, Federico.
« Escudero Juan Antonio.
« Fernández, Elbio.
« Figari, Pedro.
« Freitas, José A. de
« García Acevedo, Carlos.
« García Acevedo, Ildefonso.
« García Lagos, Alberto.
« Geñlle, Enrique.
« Giribaidi Heguy, Juan.
« González, Domingo.
« Guillot, Alvaro.
« Graña, Julián.
« Grané, Ovidio.
« Herrera y Obes, Julio.
« Herrera y Reissig, Manuel.
« Leite, Solidonio (R. Janeiro).
« Lenzi, Carlos E.
« Lago, Juan M.
« López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
« Martínez Páez, A.
« Márquez, Alberto A.
« Melán Lafaur, Luis.
« Mendilaharsu, Domingo.
« Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Méndivil, Javier.
« Pérez Martínez, Ruperto.
« Pacheco, Alfonso.
« Pacheco, Alvaro.
« Pena, Carlos M. de
« Perdomo, Tomás J.
« Pereyra Núñez, Mariano.
« Pernín, Alfredo J.
« Piedra Cueva, Pablo.
« Piaggio, José T.
« Piñeyro del Campo, Luis.
« Ramírez, José P.
« Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
« Rodríguez, Antonio M.

Dr. Ronbaud, Eduardo.
« Sa Vianna, M. A. de
(Rio de Janeiro)
« Salgado José.
« Sarachaga, Julián F.
« Sienra Carranza, José.
« Sierra, Mauro.
« Terra, Arturo.
« Terra, Gabriel.
« Terra, Duvimioso
« Tió, Dalmiro.
« Vaeza Ocampo, Alberto.
« Vargas, Eduardo.
« Varela, Luis.
« Varzi (hijo), Pablo.
« Velasco, Eladio A.
« Vidal (hijo), Blas.
« Vigil, Antonio E.
« Vivas Cerantes, Damián.
« Willman, Claudio.
« Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE NOVIEMBRE DE 1968

NUMERO 5

Sobre legítima

La parte disponible de que el testador no ha dispuesto, ¿acreece a la legítima rigurosa del hijo natural cuando existe también un hermano legítimo del difunto?

El artículo 868 en su inciso 3.º prescribe que toda aquella porción de que el testador ha podido disponer libremente y no ha dispuesto, ó si lo ha hecho ha quedado sin efecto, aumenta la porción legitimaria á beneficio de las legítimas rigurosas.

El artículo 986, inciso 2.º, dice que cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó EN ALGUNA PARTE de los bienes, tiene lugar la sucesión intestada; y el artículo 1002 dice que faltando descendientes y ascendientes legítimos, se dividirá la herencia por partes iguales entre las clases llamadas á concurrir, que en el caso presente sería un hermano legítimo y un hijo natural.

¿Debe darse preferencia al artículo 868 (inciso 3.º) y aumentar la legítima del hijo natural de tal modo que perciba toda la herencia, excepto aquella parte de que ha dispuesto el testador, ó por el contrario debe llamarse á la sucesión intestada en la parte de bienes de que el testador no ha dispuesto, de acuerdo con los artículos 986 (inciso 3.º) y 1002 del Código Civil? He ahí el

problema planteado, al que puede darse diversas soluciones en el terreno de la doctrina, y al que creemos se ha dado soluciones distintas cuando ha sido llevado hasta los Tribunales.

Desde luego, podemos renunciar á toda aclaración que pudieran proporcionarnos las antiguas instituciones romanas y los comentaristas de los códigos de Francia, Italia, España y República Argentina.

La situación de nuestro derecho en este punto es— como se verá en el curso de esta exposición—distinta de la de todos los otros códigos modernos que hemos podido consultar.

El artículo 868 no tiene concordancia alguna con los que acabamos de citar, ni con los Proyectos de García Goyena y Acevedo, ni con los códigos de Portugal, Costa Rica, Guatemala y Brasil, y sólo lo hemos hallado en los de Chile, Bolivia y Ecuador.

Hemos buscado en las antiguas leyes españolas, Fuero Real, Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Ordenamiento de Alcalá, Siete Partidas, Ordenamientos Reales, Leyes de Toro y Novísima Recopilación, y no hemos podido encontrar en ellas el origen de ese artículo de nuestro Código; así es que teniendo en cuenta que los codificadores chilenos han sido creadores en muchas partes de su cuerpo de leyes, y que nuestro legislador ha tomado del Código de Chile numerosas disposiciones, nos inclinamos á creer que es en el Código de Chile donde debe buscarse la fuente de la disposición que nos ocupa.

En efecto, la hemos encontrado sin excepción, en todos los proyectos chilenos que nos ha sido posible estudiar.

El artículo 5.º del título III del proyecto de 1841-1845, tiene en el actual artículo 1191 del Código chileno, una única diferencia que consiste en agregar: «la legítima se divide entre los legitimarios según las reglas de la sucesión intestada», y el proyecto de 1846-47 (artículo 195), que trae también la disposición del actual artículo 1191, dice: «dicho total, con agregación de las cantidades que acrecieron a él, se divide entre los legitimarios según reglas de la sucesión intestada». (Bello, Obras Completas, tomo XI, página 361).

El artículo 1351 del Proyecto de 1853 (Bello, tomo XII, página 361) y el 1346 del proyecto inédito (tomo XIII, página 307), traen también una disposición idéntica a la de nuestro artículo 868.

Sin embargo, a pesar del origen genuinamente chileno del artículo que nos ocupa, no hemos encontrado ninguna nota verdaderamente aclarativa de su sentido, en ninguno de esos proyectos, ni en Echeverría y Reyes («Analogías y diferencias entre los artículos del Código de Chile»), ni en Elizalde («Concordancias de los artículos del Código Civil entre sí y con los artículos del Código francés»), ni en Lastarria («Institutos del Derecho Civil»), ni en Vera («Comentarios al Código Civil»).

En el Código de Bolivia hemos encontrado un artículo (1496) idéntico a nuestro 868; pero allí el problema de que vamos a ocuparnos no puede presentarse, porque su artículo 1210 dice que los hijos naturales excluyen en la herencia intestada a todos los colaterales.

En el Código de Chile, en cambio, puede presentarse el caso en examen, cuya solución, como veremos más adelante, depende para sus comentaristas de la interpretación y alcance que se dé a los artículos 990 y 1184 de ese Código, distintos de los del nuestro sobre la misma materia.

Y en el Código ecuatoriano pasa lo mismo, pues habiendo copiado al Código de Chile—mucho más defectuoso que el nuestro en esta cuestión—transcribe en sus artículos 1180 y 1181, el 1191 chileno, y en su artículo 960, al 990 del Código de Chile (Paz, Instituto de Derecho Civil Ecuatoriano, páginas 177 y 216).

Dentro del derecho chileno, como dentro de la legislación ecuatoriana, formulado el problema presente, su solución estaría subordinada a la interpretación que se diese a la antinomia que real ó aparentemente existe entre los artículos que rigen la legítima rigurosa del hijo natural y los que regulan la concurrencia de éste con el cónyuge sobreviviente y el hermano legítimo.

El artículo 990 del Código de Chile dispone, en efecto, que a falta de ascendientes y descendientes, suceden *ab intestato* los hermanos legítimos del difunto, su cónyuge y sus hijos naturales, dividiéndose la herencia por partes iguales; y el artículo 1182 declara legitimarios a los hijos naturales, mas no a los hermanos legítimos, asignándose por el artículo 1184 como legítima rigurosa de toda clase de legitimarios, la mitad de los bienes del difunto.

Surge, pues, la cuestión previa de saber si hay contradicción entre lo dispuesto en el artículo 990 sobre los derechos en la sucesión intestada atribuidos a los hermanos legítimos, al cónyuge, al hijo natural, y lo dispuesto por los artículos 1182 y 1184; ó si es posible conciliar esas disposiciones sin sacrificar ninguna de ellas; ó si, por último, es preciso sacrificar alguna ó

buscar en cada caso particular la solución más racional y legítima.

Tres tendencias principales se han diseñado claramente entre los comentaristas chilenos sobre tan grave cuestión, que el doctor Lira considera como el punto más digno de autorizar la revisión del Código Civil («El Código Civil ante la Universidad», página 658), tendencia que ha expuesto el doctor Fabre en su brillante trabajo sobre derecho de los hijos naturales en concurrencia con el cónyuge y hermanos legítimos. (Latorre, «Memorias y discursos sobre el Código Civil», tomo VIII, página 322). Además, cualquiera que sea el valor jurídico de ella, señalaremos nosotros la solución que da al punto el doctor Cood, en un artículo publicado por primera vez en los «Anales de la Universidad de Chile» (tomo XX, página 239).

Cood cree que debe tomarse por punto de partida lo que hubiera correspondido al legítimo sucediendo *ab intestato*, asignándose por razón de legítima la mitad de esa porción tal como lo prescribía el proyecto primitivo. «Si los antecedentes de la ley y el espíritu general del Código, dice Cood, dan margen a la interpretación que propongo, entonces se restablece la armonía que debe reinar entre las exigencias de los herederos *ab intestato* y los derechos forzosos de los legitimarios: entonces el hijo natural recibe, en nuestro ejemplo, la tercera parte de los bienes que le asigna el título de la sucesión intestada; no queda privado de su legítima forzoza; antes al contrario, recibe otro tanto más, que acreciendo a ella forma su legítima efectiva».

El primer sistema, que Fabre señala, es el que aplica el artículo 990 en caso de que toda la sucesión sea intestada, y el artículo 1184 en caso de ser testamentaria en la totalidad. Nosotros no vamos a analizarlo en sus detalles ni a tratar de buscar el espíritu de la legislación chilena sobre el particular; sólo mencionaremos las consecuencias que de él deducen sus partidarios, en cuanto tiene relación con nuestro asunto.

Se ha replicado a los que sustentan este sistema, diciendo que él no tiene aplicación en el caso en que el testador hubiera dispuesto sólo de una parte de sus bienes, porque la sucesión sería entonces parte testada y parte intestada.

Pero los partidarios del sistema resuelven la dificultad diciendo que en ese caso la sucesión sería testamentaria, y habiendo un legítimo, acrecería su porción de acuerdo con el artículo 1191 (868 nuestro) toda aquella parte de que el testador ha podido disponer y no lo ha hecho.

El segundo sistema se decide por la aplicación del artículo 1184, en virtud de que la legítima es sagrada é inviolable y no puede ni debe ser disminuida en parte alguna. La solución que da este sistema al caso de concurrencia de legitimarios con heredero forzoza en la porción no dispuesta, es que se dé al hijo natural su parte legal, y el resto se distribuya de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Ejemplo: sea un acervo líquido de 50,000 pesos y supongamos que el testador ha dispuesto de 10,000 pesos. Según el Código chileno, la porción legítima del hijo natural es de 25,000 pesos, mitad del acervo. La porción disponible de que no ha dispuesto sería, pues, de 15,000 pesos. El hijo natural percibiría su legítima, 25,000 pesos, y en caso de concurrir con un solo heredero intestado de su mismo orden, se dividirían los 15,000 pesos restantes por partes iguales asignando por tanto al hijo 32,500 pesos y al hermano legítimo 7,500.

Según el tercer sistema (Fabres) es preciso partir de la base de que las disposiciones son contradictorias. Es inútil tratar de conciliarlas, pues tal conciliación es imposible. Hay que sacrificar una u otra, y entre violar muchos artículos expuestos y alterar el plan general del Código, ó sacrificar tan sólo un inciso de un artículo, 1.º del 990, se decide por lo último. Aplicando este sistema en el caso presente se daría al hijo natural su legítima, 25,000 pesos, (Código de Chile) y los 15,000 pesos restantes se entregarían a los herederos no legitimarios, (en nuestro caso uno solo, el hermano legítimo).

En Chile cuando la cuestión principal de la antinomia de los artículos 990 y 1184 se ha presentado ante los Tribunales, la solución no ha sido siempre uniforme, y puede citarse una sentencia de la Corte de Apelación de Talca (1892) que se decide por la interpretación del primer sistema,—es decir—por la aplicación del 990 en las completamente intestadas y el 1184 en las completamente testamentarias.

Vera («Comentarios al Código Civil», tomo IV) se inclina sin embargo á una solución completamente distinta.

Transportada la cuestión de que tratamos, á nuestra legislación civil vigente, se presenta en términos distintos que en el Código de Chile.

Si pueden quedar en pie las soluciones prácticas del problema, no puede sustentarse, en cambio, una misma argumentación jurídica.

Sin haber aclarado todas las cuestiones, y dejando, por cierto, base á numerosos litigios que han de resolverse ante los Tribunales, nuestro legislador ha evitado la contradicción de asignar al hijo natural en la sucesión intestada una cuota menor que su legítima rigurosa.

Nuestro artículo 862 inciso 2.º dice, en efecto, que la legítima del hijo natural, cuando concurre con ascendientes, será un cuarto de la mitad del acervo líquido, es decir, un octavo de éste, y el artículo 1001 que regula el caso de concurrencia en la sucesión intestada atribuye al hijo natural un quinto de la herencia si hay ascendientes y cónyuges, y un cuarto si hay tan sólo ascendientes.

Nuestro artículo 868 inciso 4.º dice que no habiendo ascendientes ni descendientes, la totalidad de los bienes se dividirá en cuatro partes, una de las cuales será para los hijos naturales, y el artículo 1002 (sucesión intestada) le atribuye también un cuarto en caso de concurrir con cónyuges, hermanos legítimos ó hijos adoptivos del difunto; un tercio cuando falta una de esas clases de herederos y la totalidad de la herencia si no concurre nadie.

Se ve, pues, la diferencia fundamental que existe entre nuestro Código y el chileno en cuanto á la relación de las asignaciones en la herencia testada é intestada, y se ve también que poco pueden ilustrarnos las sabias discusiones de los autores chilenos, que hacen depender el esclarecimiento de nuestro problema, de consideraciones ajenas á nuestra legislación positiva.

Dentro de nuestro derecho surgen á primera vista dos soluciones racionales. O se trata de armonizar los artículos de nuestro Código, aparentemente contradictorios, ó, convenciéndose de la antinomia existente entre ellos (artículos 868, 986 y 1002) se apela á otros recursos de interpretación para salvar el conflicto.

Descartamos desde luego como solución jurídica la que defiende el doctor Fabres, pues no tiene fundamento dentro de nuestro Código, tratando como trata de armonizar disposiciones que en nuestro Código están perfec-

tamente armonizadas, como se ve claramente de la simple lectura de los artículos 1001 y 1002, sin perjuicio de analizarla más adelante como una fórmula de equidad, como un verdadero fallo salomónico, para usar esa expresión ya clásica.

La teoría que trata de armonizar los artículos 868, 986 y 1002 de nuestro Código Civil puede revestir dos formas:

1.ª Puede decirse con un distinguido abogado de nuestro foro, cuya opinión tenemos á la vista: «la disposición del artículo 868 se aplica á los casos en que los herederos legítimos sean herederos también *intestados* con *derechos exclusivos* á la herencia, por ejemplo, á los ascendientes legítimos, á los hijos legítimos cuando no haya hijos naturales, ni cónyuge, ni hijos adoptivos. Fuera de estos casos deben regir las disposiciones especiales. Así, si á la muerte de un individuo cuyos padres y esposa viven, el testador no ha dispuesto de una parte de sus bienes y de la otra sí, los herederos de la parte testada serán los *ascendientes* y la *esposa* y no los ascendientes solos;—se aplica el 1001 y no el 868. En el caso propuesto heredan la parte de que no ha dispuesto el testador, el hijo natural y el hermano legítimo, en proporciones iguales. En resumen: los artículos 868 y 1002 no son contradictorios sino limitativos. El primero, que rige todos los casos en que los legitimarios son á la vez exclusivamente herederos *ab-intestato*, y el segundo, lo mismo que el 1001, aquellos otros en que los herederos legitimarios según la ley deben concurrir con herederos que no son legitimarios, al goce de la herencia».

Esta solución, aunque armonizada con nuestro Código, artículo 868, no es otra que la que se desprende del segundo sistema indicado más arriba, y en el caso propuesto nos conduciría al siguiente resultado. Suponiendo un acervo líquido de 50,000 pesos, y la cuota dispuesta 10,000 pesos, siendo la legítima del hijo natural (artículo 862) 12,500 y la cuota disponible 27,500, resultaría que el hermano legítimo percibiría la mitad de esto último (artículo 1002) es decir, 13,750; y 12,500 más 13,750, es decir, 26,250 la parte del hijo natural.

Como se ve, se ha restringido el alcance del artículo 868, limitándolo al caso en que sólo concurren legitimarios, para armonizar de este modo los dos artículos en pugna.

Pero puede dársele todavía un significativo más restringido dejando limitada su acción al caso en que tan sólo concurren descendientes legítimos.

Tal es la restricción que Fabres da á este artículo.

Y en segundo lugar puede darse al artículo 868 un sentido general y absoluto, diciendo que siempre que el testador haya hecho testamento y no haya dispuesto de una parte de sus bienes, habiendo legitimarios, no procede la sucesión intestada.

El artículo 1002 se aplica en el caso de sucesión intestada simplemente, ó concurriendo las dos sucesiones (en el caso de que no haya legitimarios).

En el problema planteado, como hay legitimarios (hijo natural) la parte de que el testador no ha dispuesto acrece á la legítima.

Estudiemos por su orden las soluciones que acabamos de exponer, y veamos si alguna de ellas se encuadra bien dentro de nuestro Código.

Veamos, ante todo, la interpretación que restringe el alcance del artículo 868 al caso de los descendientes legítimos. ¿En que se funda?

«Si á este artículo ó á su primer inciso se quiere dar un sentido general y absoluto, de manera que toda la

porción de bienes de libre disposición que quede intestada se agregue á las legítimas rigurosas, resulta que en ningún caso puede concurrir en parte alguna de la herencia el que no es legítimo con el que lo es; y vendría por tierra no sólo nuestro sistema, sino también los dos que hemos examinado en el párrafo segundo; y lo que es peor, sufriría más notable cambio el inciso 1.º del artículo 990. En efecto, tendríamos que sostener que existiendo hijo natural no tocaban parte alguna de los bienes *ab-intestato*, al cónyuge y al hermano legítimo, porque siendo aquél legítimo y su legítima rigurosa la mitad de los bienes, si se agrega á acrece á dicha legítima la parte de libre disposición que queda intestada, no resta cosa alguna para los últimos. (Memorias y discursos, página 353).

No discutiremos si caerán ó no los sistemas indicados más arriba, por la interpretación que Fabres impugna, aunque no podemos concebir por qué ha de caer el primer sistema que sostiene precisamente esa interpretación absoluta.

En cuanto al cambio notable del artículo 990 del Código Civil de Chile que dice: «Si el difunto no hubiese dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán los hermanos legítimos, su cónyuge ó hijos naturales; la herencia se dividirá en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge, y otra para los hijos naturales»,—que concuerda con el 1002 inciso 1.º, no somos tampoco de la opinión del juriconsulto chileno.

El inciso 1.º del 990, Código Civil de Chile, se refiere al orden de sucesión intestada, no á todos los órdenes de sucesión. La interpretación absoluta del artículo 990 limita la esfera de aplicación de ese artículo para armonizarlo con artículos concluyentes del mismo Código, pero no introduce en él modificación de ninguna especie.

La proporción hereditaria será siempre la misma cuando la sucesión sea intestada, ó cuando siendo parte testada, parte intestada, no concurren legítimos. La parte sustancial del artículo no se altera en lo más mínimo; no se aumenta ni disminuye la cuota designada á cada uno de los herederos que percibirán siempre por cuotas idénticas cuando el artículo sea racionalmente aplicable. Y por último, no vemos por qué no han de percibir su cuota el cónyuge y el hermano en el caso de sucesión intestada, cuando sostenemos precisamente que es ese el caso general en que han de percibirlas. El aumento de las legítimas rigurosas sólo se hará efectivo en el caso de sucesión intestada, porque entonces la porción del legítimo no se calculará de acuerdo con lo que estatuye el Código en su título de la sucesión testada, sino en el caso de sucesión intestada en que se ordena precisamente esa concurrencia. En segundo lugar, dice Fabres, que el artículo habla de mejoras que sólo pueden tener lugar en los descendientes legítimos.

Este argumento que puede hacerse en el Código chileno no puede sostenerse igualmente en el nuestro, que no ha aceptado las mejoras en su régimen legítimo, y no ha hablado por tanto de ellas en el artículo 868.

Sin embargo creemos que no es un argumento eficaz ni aún dentro de la legislación chilena. En efecto, el legislador ha querido reglar la transmisión de todos los bienes del difunto, y ha tenido que prever el caso de las mejoras, que tienen lugar sólo en el orden de la descendencia legítima.

El Código habla en términos absolutos; habla de legítimas rigurosas, y tan es legítima rigurosa la de un hijo natural como la de un hijo legítimo.

Por fin, aunque estemos de acuerdo con el sentido que da Fabres á la palabra *acrecimiento*,—impropiamente usada en el caso presente como lo hace notar Barreiro en su tesis «Resolución de algunas cuestiones sobre porción legítima», y que nuestro Código ha sustituido por *aumento*, aunque no en el inciso 1.º del artículo 868,—no nos parece que el hecho de que se hable de cónyuge en el caso de concurrencia con hijo legítimo, pueda dar lugar á suponer que el acrecimiento tiene lugar sólo en ese orden de sucesión.

El legislador ha previsto simplemente un caso especial que podría dar lugar á dificultades en la práctica, á pesar de que del hecho de adjudicar al cónyuge como porción conyugal una cuota igual á la legítima rigurosa de un hijo, no se podría desprender nunca que la porción conyugal es efectivamente una cuota legítima en este caso determinado.

Pero hay todavía un argumento decisivo para rechazar victoriosamente no sólo esta interpretación limitativa que da Fabres, sino también aquella que aunque más amplia no hace pasar el alcance del artículo 868 de nuestro Código, del caso en que no haya concurrencia entre legítimos y simples herederos *ab intestato*.

Si se diera al artículo 868 la interpretación indicada, ese artículo sería completamente inútil.

En efecto; supongamos el caso de un descendiente legítimo, un testamento, y una porción disponible de que el testador no ha dispuesto, y que faltara el artículo 868.

Aplicando el criterio de llamar las dos sucesiones testada é intestada, resultaría que el hijo percibiría no sólo su porción legítima sino también la cuota disponible de que no ha dispuesto el *de cujus*, es decir, exactamente lo mismo que con el artículo 868. ¿Para qué, pues, esa disposición sin la cual se llega á idénticos resultados siguiendo el método general? En todos los casos que puedan proponerse sucederá exactamente lo mismo, de donde se deduce que el artículo 868 no tiene razón de ser como disposición especial del alcance que se le atribuye; bien por el contrario, sería una redundancia, inútil como todas las redundancias; un apéndice innecesario que sólo podría llevar á confusiones sin reportar ningún beneficio práctico.

Rebatida así la primera solución de este problema, examinaremos la segunda—dentro de la teoría que trata de armonizar los artículos del Código Civil sobre este tópico,—solución que es, por otra parte, la que nosotros admitimos.

Se ha dicho que esa solución es absolutamente ilógica, y el doctor Lira la descarta desde luego de las soluciones posibles, con términos categóricos cuya causa racional no se alcanza á comprender, estando como está, ese sistema, apoyado en un artículo bien concluyente del Código Civil.

Los argumentos que pueden hacerse en contra del acrecimiento de la porción legítima pueden reducirse á los siguientes: 1.º El sentido del artículo 868 no es absoluto, su alcance es limitado, ya al caso de simple concurrencia de legítimos, según unos, ya al orden de la descendencia legítima según otros.

Este primer argumento,—que quizás podría sustentarse con la nota (a) del Proyecto de 1841 (Bello, tomo II, página 80), que el doctor Fabres no ha citado á pesar de haber hecho gala de su ingenio en este punto para encontrar argumentos en que apoyar su sistema,—ha sido rebatido ya por nosotros y no debemos volver á ocuparnos de él.

Segundo: Puede decirse que la ley al disponer que se abra la sucesión intestada cuando no se ha instituido heredero en todo ó en alguna parte de los bienes, presume, como es natural, el caso de sucesión intestada y testamentaria al mismo tiempo; y al decir que concurren el hijo natural y los hermanos, dice que la concurrencia se verifica en todos los casos en que hay hermanos legítimos é hijos naturales comprendiendo por tanto el caso de sucesión parte testada, parte intestada.

Ahora bien: si se diera al artículo 868 un sentido absoluto, sería imposible tal concurrencia. El hijo natural llevaría siempre la herencia, y el artículo 1002 no tendría sentido en el caso de sucesión parte testada, parte intestada.

La ley dice que se llama á la sucesión intestada,—continúa,—cuando el testador no ha instituido heredero en alguna parte de la herencia, y sin hacer excepción alguna; y el artículo 753 dice categóricamente que las sucesiones testada é intestada pueden concurrir, estando esta interpretación de acuerdo con la nota (a) del Proyecto de la Comisión de Legislación chilena (Cood, «Antecedentes del Código Civil», página 61).

Nosotros no negaremos que el Código Civil use en sus artículos 986 (inciso 2.º) y 1002, términos generales y no excepcionales. Nosotros no negaremos que tenga un sentido amplio dentro de las legislaciones que no tienen ningún artículo concordante con el 868 de nuestro Código, y que esa sea la interpretación que más se encuadra en el tenor literal de la ley. Pero hay que tener en cuenta que nos hallamos ante una dificultad á primera vista insuperable, proveniente de dos disposiciones en pugna; y que antes que suponer contradicción en el legislador, debemos armonizar,—teniendo en cuenta el artículo 20 de nuestro Código Civil,—las prescripciones de la ley dándole una interpretación racional.

El criterio limitativo se impone si no se quiere afirmar que el codificador se ha desmentido rotundamente en dos artículos igualmente categóricos de nuestra legislación civil; y dentro de ese criterio limitativo es la solución que sostenemos, la única que, resistiendo á los argumentos sacados de la armonía que debe reinar en todo el Código Civil, explica de una manera satisfactoria el alcance de cada una de las disposiciones de la ley, y su aplicación lógica en cada uno de los casos que puedan presentarse.

Entre limitar el artículo 868, y como consecuencia lógica de esa limitación, llevar á la ley á decir una cosa absolutamente inútil,—como ya lo hemos demostrado,—y limitar el artículo 986 (inciso 2.º), haciendo concordar armónicamente los preceptos de la sucesión intestada y de la sucesión testamentaria, creemos que la solución no puede ser dudosa: la limitación del artículo 986 se impone.

Pero se ha hablado de la *equidad natural*, para impugnar ese sistema que sostenemos. Se ha dicho que es injusto é irritante que el hijo natural perciba toda la herencia en el caso propuesto, y el hermano legítimo quede excluido completamente de ella. Que las disposiciones de la ley en materia de orden de llamamiento y de porción hereditaria no son otra cosa que la presunta voluntad del testador; y que no es lógico presumir en este caso que el deseo del difunto haya sido excluir totalmente de su herencia al hermano legítimo.

Nosotros rechazamos desde luego estos términos *equidad natural*, *derecho natural* que no expresan por sí solos ninguna idea clara y precisa, y que, dando lugar á interpretaciones distintas, dan igualmente lugar á aplicaciones diferentes.

Bentham, en sus «Tratados de Legislación», ha dedicado algunas páginas que envuelven una crítica severa, al uso de esas expresiones que nada dicen aisladamente y que son la consecuencia lógica de ese principio de razonamiento que consiste en juzgar las cuestiones según la simpatía ó antipatía que nos inspiran, sin investigar si tienen una base seria y perfectamente sostenible.

Para nosotros no hay más *equidad natural* que aquella que se deduce de los principios de justicia, y los principios de justicia, tal como nosotros los concebimos de acuerdo con el criterio de Spencer, nada tienen que ver en el presente caso.

Es preciso partir de esta verdad para nosotros innegable: que nadie, excepto los hijos que no han llegado al período de la autosustentación,—tiene derecho á los bienes de otro siempre que no medie entre ellos un contrato, por ejemplo.

En el terreno de la doctrina pura no es sostenible el derecho sucesorio de los hermanos como inherente á su calidad de tales con independencia de la voluntad del difunto,—y de igual manera el de aquellos hijos naturales que por haber llegado á la mayor edad sean capaces de sustentarse á sí propios. Es por tanto preciso abandonar en este momento la doctrina pura, y tratar de dar una solución legal, no un fallo puramente teórico sin base jurídica seria.

Y si se consulta el espíritu de la ley, no ha de sostenersse, por cierto, la preponderancia del hermano en concurrencia con el hijo natural.

Nuestro Código ha dado al hijo natural una legítima que puede variar entre un octavo y un cuarto del acervo líquido, y ha permitido que pueda heredar aún cuando existan ascendientes legítimos. En cambio, ha excluido á los hermanos de la legítima, y si en la sucesión intestada lo ha igualado al hijo natural en ciertos casos, no ha permitido en esa misma sucesión la concurrencia de los hermanos con los ascendientes.

El criterio del legislador ha sido evidentemente favorable al hijo natural al asignarle una parte de la herencia en casos en que el hermano *no percibe absolutamente nada*.

Y ya que se ha hablado de la presunta voluntad del testador, es preciso convenir en que ella viene en apoyo de nuestro sistema. La afección hacia los hijos es, según opinión unánime, mucho más considerable que la que se profesa á los hermanos; hay más: esa afección, que no es otra cosa que el amor hacia la prole y que se manifiesta en todas las esferas de la vida animal, es reclamada por la necesidad de la conservación de la especie de una manera imperiosa é ineludible.

Debe, pues, presumirse precisamente una voluntad favorable en absoluto á los descendientes y no una decisión distinta. Por otra parte, no puede dudarse de que el Código no interprete siempre la voluntad del causante, desconociendo por el contrario esa voluntad al imponer asignaciones forzosas aun en el caso de manifestación expresa en contrario por parte del testador, sustituyendo arbitrariamente á las afecciones naturales del causante los preceptos de la ley.

Llegando ahora á la solución que la jurisprudencia ha dado á este asunto, notaremos que el único caso cuyo resultado conocemos, es precisamente favorable á nuestra tesis.

Piñera en su «Jurisprudencia Civil» (chilena) cita, en efecto, tres casos que se refieren al artículo 868: uno del año 1861, otro de 1872 y otro de 1883.

No nos ha sido posible encontrar el caso de 1861;—

el caso de 1872 no dice relación con nuestro problema, y por fin el resuelto por la Suprema Corte de Concepción el 16 de julio de 1883 resuelve la cuestión en la misma forma que nosotros.

En efecto: el señor José María Alborno había muerto instituyendo heredera de la mitad de sus bienes a su madre, y la otra mitad (deducidos los gastos de enterramiento y legados) la atribuía a sus hijas Lucinda y María Alborno, que reconocía en el testamento como hijas suyas.

La madre murió antes que el testador, quedando por tanto sin efecto la cláusula de su institución.

Los hermanos del difunto reclamaron la mitad de la porción disponible, pero la Corte, en virtud de breves consideraciones que no esclarecen mayormente la cuestión, falló declarando que debía cumplirse el artículo 1191 del Código Civil de Chile (868 de nuestro Código Civil).

En resumen: en el caso propuesto debe aplicarse el inciso 3.º del artículo 868 del Código Civil Oriental, aumentando la legítima rigurosa del hijo natural con aquellos bienes de que el testador no ha dispuesto, para formar la legítima efectiva del hijo; aplicando el artículo 1002 solamente en el caso de sucesión intestada siempre que haya legitimarios, y limitando el alcance del inciso 2.º del artículo 986, en cuanto a que manda abrir la sucesión intestada cuando no se ha instituido heredero en alguna parte de sus bienes, al caso en que no hayan legitimarios.

Esta solución es: 1.º la única que armoniza las disposiciones legales; 2.º la que contempla el espíritu de la ley; 3.º la que se encuadra en el criterio general del legislador; 4.º la que consulta más racionalmente la voluntad del *de cuius*; y 5.º la que está de acuerdo con el único caso de jurisprudencia que conocemos.

Montevideo, julio 11 de 1905.

HÉCTOR MIRANDA.

Labor de los Jueces de Paz

Matrimonio. Publicación de edictos

¿Cómo se cuenta el término de la publicación de los edictos que deben preceder al matrimonio: por ocho publicaciones ó por ocho días á contar de hora á hora de la fijación del edicto en la puerta del Juzgado?

Los que suscriben han estudiado debidamente esta cuestión, tanto desde el punto de vista teórico como en sus aplicaciones prácticas, arribando á la conclusión indicando al final de este trabajo.

El apartado segundo del artículo 94 del Código Civil establece á la letra, que el funcionario civil publicará el proyectado matrimonio por medio de la prensa y edicto, que permanecerá fijado en la puerta del Juzgado por espacio de ocho días. Ninguna de las demás disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil ni las de su Regla-

mentación, hacen referencia al punto de que se trata, como para que en su virtud quede suficientemente aclarado, no quedando duda alguna sobre su verdadera interpretación. Tampoco conocemos ninguna resolución interpretativa hecha por el legislador y tendiendo al mismo fin (artículo 12 del Código Civil); de manera que para evacuar la consulta que se nos ha encomendado, deberemos atenarnos á los principios generales consignados en los artículos 17 y 18 del citado Código, y especialmente á la intención ó espíritu de la ley interpretada.

Desde luego, resulta indudable de la letra del artículo 94 citado, que son dos las formas de publicidad previas al matrimonio, que ha adoptado nuestro legislador: 1.º el edicto publicado en la prensa; y 2.º el mismo fijado en la puerta del Juzgado. Con respecto á este segundo medio de publicidad, no puede producirse duda alguna, en razón de que el referido artículo 94 establece que el edicto deberá permanecer en la puerta del Juzgado *por espacio de ocho días*. Pero no sucede lo mismo con el primero, porque los términos vagos «se publicará por medio de la prensa», ni indican si esa publicación se hará en uno ó más diarios ó periódicos existentes en el lugar en que los proyectantes tengan su domicilio, ni fija el término de dicha publicación.

En mérito de lo que se deja establecido, resultarían tres las soluciones de la cuestión que estudiamos: 1.º el edicto se insertará en uno ó más diarios ó periódicos del lugar en que deba realizarse el matrimonio, ó sea en el domicilio de cualesquiera de los proyectantes, bastando, para proceder á su celebración, justificar *una sola publicación*; 2.º las publicaciones deberán hacerse por ocho días, término durante el cual deberán permanecer fijados los edictos en la puerta del Juzgado; y 3.º las publicaciones deberán necesariamente ser ocho, ya sea esa publicidad diaria ó periódica.

Desde luego se nos ocurre que esta última solución deberá descartarse, porque ella nos conduciría al absurdo. En efecto; aplicándola con el mismo rigor,—puesto que la ley no hace distinciones de medios urbanos y rurales,—en algunos puntos de la campaña, en los que los periódicos son generalmente de salida semanal ó bise-manal, resultaría, que para realizar el matrimonio habría que esperar cuatro ó ocho semanas después de la primera publicación, lo que es irracional é ilógico.

La primera solución cabría perfectamente dentro de los términos del invocado artículo 94: «se publicará por medio de la prensa». El legislador ha exigido la publicación, pero no ha dicho que esa publicación se haga más de una vez. No obstante, los suscriptos ignoran si se ha seguido esa práctica, tal vez por considerarse un poco atrevida y porque en último caso ella no entrañaría utilidad alguna para los contrayentes, como se demuestra en seguida al tratar de la segunda solución, que nos parece la más acertada.

El matrimonio en ningún caso,—salvo que se celebre *in extremis*,—puede autorizarse antes de transcurridos los ocho días desde que ha sido fijado el edicto en la puerta del Juzgado. Si, pues, esto es así, no hay inconvenientes y si positivas ventajas para el propósito de la ley, que durante el mismo término en que los edictos deben permanecer fijados en el tablero, sean también publicados en la prensa; y ese término no se interrumpirá aún cuando el periódico en que se inserten aquéllos no sea de salida diaria.

Montevideo, noviembre 14 de 1908.

César Schiaffino—Enrique de León.

JURISPRUDENCIA

Probado que un socio comanditario ha hecho el aporte á que se obligó, queda libre de toda responsabilidad personal por razón de las deudas sociales.

Si se embarga, para responder á deudas sociales, un bien perteneciente á un socio solidario en las condiciones expuestas, tiene éste en el juicio el rol de tercerista.—(Artículos 425, 429, 430 y 506 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos:

Resultando: Que don J. M. R. alega que el embargo mandado trabar por la providencia de f. 375, no corresponde, en razón de que la propiedad embargada es de su exclusiva pertenencia y la acción que se ha seguido en estos autos no es contra él directamente sino contra la sociedad que giraba en esta plaza bajo la razón social «M. A. R. y C.^{as}», de la que formaba parte el recurrente como socio comanditario, siendo por lo tanto dicha sociedad la obligada á satisfacer la indemnización que fué condenada á pagar al señor N.;

Considerando: Que según resulta de la escritura testimoniada á f. 393, aparece ser cierto que el postulante señor R. debe reputarse un tercero á los efectos de la tercera deducida, sin perjuicio de que en la oportunidad debida pueda determinarse si ella es ó no procedente á los fines pretendidos;

Considerando: Que el procedimiento á seguirse en el presente incidente, es el establecido en los artículos 942 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,—

En tal virtud, de la tercera deducida por R. traslado por su orden al ejecutante, y ejecutado y autos.

Montevideo, agosto 17 de 1908.

Regules.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto este incidente venido á segunda instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos por don A. N. contra los autos dictados á f. 13 (testimonio) y fs. 15 vta. por el señor Juez Letrado de lo Civil de 3.^{er} turno;

Por los fundamentos del auto testimoniado á f. 13; y

Considerando: Que con arreglo al artículo 429 del Código de Comercio, la responsabilidad de los socios comanditarios en las obligaciones y pérdidas de la compañía, está limitada á los fondos que pusieron ó se obligaron á poner en la comandita;

Que el ejecutante reconoce á f. 18 vta. que el señor R. aportó á la extinguida sociedad, como socio comanditario, la suma de veintitrés mil y pico de pesos, habiendo desaparecido ese aporte por el concordato y la liquidación hecha por la referida sociedad;

Que habiendo R. hecho el aporte convenido en el contrato social, ha terminado con él su responsabilidad en las obligaciones de la sociedad (Código de Comercio, artículos 425 y 429);

Que por consiguiente las deudas de la sociedad sólo pueden hacerse efectivas en primer término en los bienes sociales y luego en los bienes particulares de los socios colectivos (artículos 425 y 506);

Que desde que R. no puede ser ejecutado en sus bienes particulares por obligaciones de la sociedad en razón de haber aportado á ella la suma convenida como socio comanditario, según lo ha reconocido en autos el señor N., no puede figurar en este asunto como ejecutado, por ser extraño á la ejecución;

Que desde que se ha embargado un bien de su propiedad, para responder de una deuda que le es completamente ajena, no puede tener en este juicio otro rol que el de tercerista con arreglo al artículo 942 del Código de Procedimiento Civil;

Que el hecho de que R. actúe en el juicio como tercero, no impide que el ejecutante alegue y oponga contra él, todo lo que tuviera que alegar y oponer si fuera ejecutado;

Que el que R. figure como tercerista y no como ejecutado en este juicio, no le perjudica, sino que más bien beneficia al ejecutante, porque así éste tendría más amplitud para probar si aquél ha realizado alguno de los actos de responsabilidad solidaria que menciona el artículo 430 del Código de Comercio, y que él le imputa en el escrito de f. 17;

Que desde que el señor N. es ejecutante y el señor R. es tercerista en este juicio, los ejecutados no pueden ser otros que los que figuraban como socios solidarios de la sociedad, como lo ha declarado el auto de f. 15 vta.;

Y atento á lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,—

Se confirma el auto apelado, con costas, y devuélvase.

Montevideo, noviembre 10 de 1908.

*Montero Paullier — Martínez
—Piñeyro.*

Proyecto de Ley de Marcas para la República del Ecuador ⁽¹⁾

(Conclusión)

6.º Los que en sus artículos que elaboren ó en las mercancías con que comercien, usen marcas que contengan indicaciones falsas acerca de la naturaleza, cantidad, calidad, origen y procedencia de éstas ó aquéllas; ó que aseguren, falsamente, que han sido premiados con títulos, medallas, diplomas ú otras distinciones, en exposiciones ó de otra manera.

7.º Los que, sin imitar una marca, la arranquen ó separen de unos artículos para aplicarla á otros.

8.º Los que pusieren su nombre, el de su establecimiento, ó cualquier palabra ó signo sobre una marca original.

9.º Los que rellenen con productos espurios envases con marca ajena; los que rellenen con productos que no correspondan al legítimo enuncia-

(1) Ver números 3 y 4, año corriente.

do en la marca que lleve el envase; los que mezclen productos legítimos que tengan marcas originales con otros extraños ó espurios; y los que compren, guarden ó vendan estos productos. Esto último se presume si se encontrasen en sus tiendas, almacenes ó bodegas.

Art. 39. Los reos serán condenados al pago de costas y perjuicios á favor del perjudicado, ó sea el dueño de la marca original.

Art. 40. Todas las marcas imitadas, excepto una que quedará en el proceso, serán destruidas por el Secretario, á presencia del Juez y dos testigos. Esto se verificará después que los peritos emitan su informe, si en él sostuvieren que son imitadas.

Art. 41. Los artículos que contengan las marcas imitadas serán vendidos en subasta pública y el producto ingresará á la Caja Fiscal. Si la marca fuere usada sobre el artículo mismo, será previamente destruida.

Art. 42. Se presume que un artículo es ofrecido en venta, si se tuviere en tienda, almacén ó bodega.

Art. 43. Marca original es la inscrita.

Marca imitada, es la no inscrita, igual ó semejante á una inscrita. Hay semejanza desde que entre ambas marcas exista una ó más partes esenciales parecidas, ó desde que puedan confundirse á primera vista, y que sólo por medio de un examen detenido sea posible distinguir una de otra.

CAPÍTULO VI

Procedimientos

Artículo 44. Las infracciones mencionadas en esta ley son perseguibles de oficio.

Art. 45. El cuerpo del delito se establece con informe de los peritos, si sostienen que hay imitación.

Art. 45. Los sindicados, si hubiere contra ellos algunas de las presunciones establecidas en esta ley, serán inmediatamente reducidos á prisión preventiva, salvo que dieren fianza de 5,000 sucres, y las mercaderías serán depositadas en poder de persona de responsabilidad hasta la terminación del juicio.

Art. 47. El Ministro de Hacienda enviará á cada Administrador de aduana copia de las inscripciones de marcas extranjeras que se hubieren verificado ó que se verificaren, con un ejemplar de cada marca.

Art. 48. Cuando se tratare de introducir mercaderías con marcas imitadas, el Administrador de aduana las pondrá á disposición de cualquier Juez de letras, así como las facturas, manifiestos y demás papeles que á ellas se refieran.

La omisión de este deber lo hará responsable de complicidad en la infracción, sin perjuicio de una multa de 500 sucres que le impondrá el Ministro de Hacienda.

Art. 49. Se presume que un artículo lleva marca imitada, si es importado de un país distinto del fijado en la solicitud, según el artículo 16.

Art. 50. Se decomisará toda máquina ó instrumento destinado á imitar marcas.

Art. 51. Los registros inscritos hasta la fecha en que se decreta esta ley, quedarán vigentes por veinte años, á contar desde esa fecha, y gozarán durante ese período, de los beneficios prescritos por esta ley y estarán sujetos á las limitaciones de la misma. Dichos registros deberán ser renovados al vencimiento de los veinte años á que se refiere este artículo.

Art. 52. Quedan derogadas todas las leyes que sobre esta materia se hubieren expedido, aun cuando no se opongán á la presente ley.

COMENTARIOS

CAPÍTULO I

Artículo 1.º En la ley de marcas del Ecuador, hoy vigente, se omite definir lo que es una marca.

El objeto de una marca es el de identificar la mercancía al consumidor, de manera tal, que al comprarla se conozca por la marca que lleva. Cualquier designación que sirva para identificar la mercancía de esta manera, deberá considerarse como marca.

Art. 2.º No deberá haber distinción entre las marcas de fábrica y las de comercio, ni tampoco en cuanto á su uso en la industria ó el producto con que se use. El agricultor podrá distinguir el producto de su hacienda por marca distintiva y gozar de protección para la misma. El comerciante, quien no elabora artículos, sino que los compra y vende, ejerciendo de esta manera su buen juicio sobre el particular, deberá ser protegido, porque el uso de su marca indica que las mercancías han pasado por sus manos y que son presentadas al consumidor bajo la responsabilidad que tiene como comerciante. El fabricante podrá, desde luego, distinguir mercancías de su fabricación por marca distintiva, la que apareciendo en la mercancía servirá de guía al comprador que desee obtenerla. No hay razón para que, con el objeto de indicar la procedencia del artículo, se haga distinción entre las marcas de los interesados; ni tampoco para que no se dé protección á una marca sobre cualquier producto, sea en bruto ó elaborado.

Art. 3.º Ya nos hemos referido extensamente á este artículo en la petición que acompaña. Los individuos, corporaciones y compañías colectivas ó anónimas de todas clases, sean del país ó extranjeras, gozarán de los beneficios de esta ley.

Art. 4.º En vista de prescripciones que se harán más adelante en esta ley con el objeto de evitar la importación de mercancías extranjeras con marcas falsificadas, se ha creído necesario distinguir las marcas según este artículo.

Art. 5.º El artículo que sigue á éste, contiene todas las prescripciones referentes á las limitaciones de que es objeto una marca. Dicho artículo explica que todo lo que no sea prohibido por esta ley puede ser objeto de marca, siempre que esté de acuerdo con el requisito fundamental de ella; esto es, que sea capaz de distinguir artículos de la misma fabricación ó procedencia, de otros de distinta fabricación ó procedencia.

Art. 6.º Este artículo describe las limitaciones de que hemos hablado anteriormente, á saber:

1.º Insignia usada por la nación, ó nación extranjera ó por sus Estados ó Municipalidades, no deberá ser admitida como marca ya porque se disminuye el respeto á ella como signo de soberanía, ya porque su uso no deberá limitarse al de una persona á exclusión de otra radicada en el mismo Estado ó Municipalidad, y por último, porque no deberá ser permitido su uso por otra persona fuera del Estado ó Municipalidad, pudiendo esto dar origen á engaño respecto de la producción y procedencia del artículo.

2.º La razón por la cual ni la forma ni el color del ar-

título deberán ser registrables, es que en la mayoría de los artículos de comercio la forma y el color son más ó menos uniformes y adaptados á ciertas reglas generales, según la clase del artículo, por cuya razón, nadie deberá tener uso exclusivo á ello. No deberá entenderse que esta limitación afecta de manera alguna los derechos del registrante en cuanto á la forma ó color especial de una etiqueta ó envoltura, lo que deberá distinguirse de la forma ó color del artículo con el cual se usa la marca.

3.º Nombres genéricos, usados para designar cierta clase de artículos, no deberán ser apropiados exclusivamente por nadie, pudiendo ser usados por cualquier fabricante ó comerciante del ramo á que pertenezcan. En la Isla de Cuba, durante el año pasado, se han intentado registros de los nombres «Ginger Ale» y «Root Beer», con el propósito de exigir tributo sobre todos los artículos de esta clase que se importen en la Isla. Es objeto de felicitación para todos, el que tales atentados fueron infructuosos.

El segundo párrafo de este artículo se refiere á marcas que son propiamente del ramo á que pertenece el artículo; así es que, casi todos los fabricantes de cerveza usan en sus etiquetas el dibujo de un mazo de cebada ó un sarmiento de lúpulo, y ningún fabricante de cerveza deberá apropiarse exclusivamente lo que todos los demás han usado por tan largo tiempo.

4.º No deberán tampoco apropiarse exclusivamente las descripciones, designaciones de calidad ó palabras que indiquen la propiedad de un artículo, de modo que los adjetivos «mejor», «superior», y los nombres como: «Cura para el dolor de cabeza» y «Polvos de dientes» no son distintivos de ningún artículo especial.

6.º Para evitar que otro del mismo nombre carezca de su derecho natural, nadie deberá tener derecho exclusivo de su propio nombre en cuanto al registro del mismo. Si éste fuere presentado, sin embargo, de manera especial y distintiva, mostrando de esta manera carácter de novedad é ingenuidad, y de modo tal, que no se perjudique otro por su uso, podría en ese caso registrarse como marca. Personas del mismo nombre podrán hacer uso de su nombre en forma corriente ó podrán registrarlo de manera peculiar y distintiva.

Lo expuesto es cuanto puede esperarse de una ley de marcas con respecto del derecho al uso de un nombre propio, al mismo tiempo que protege á otros del mismo nombre. La forma peculiar y distintiva de un nombre propio puede consistir en facsimile de la firma, lo cual así se considera universalmente.

7.º Esta sección prohibiendo el registro de marca ya registrada, requiere que el correspondiente empleado haga un examen preliminar para ver si la marca ó otra parecida ha sido registrada.

El artículo 43 define lo que se considera una marca similar, aunque si otro registrase una marca igual ó parecida á una ya registrada, podrá el perjudicado pedir su cancelación según el artículo 21.

Reconociendo el derecho de propiedad basado en el uso anterior de una marca, la ley prohíbe su registro si ha sido previamente usada por otro, aunque no la haya registrado el interesado. Quien primero use una marca, podrá protegerse haciendo oposición á la solicitud, según el artículo 19, ó pedir la cancelación después de registrada la marca según el artículo 21. Este derecho á protestar contra el uso de una marca por otro, deberá limitarse á los casos en que se trate de usar la marca sobre mercancías iguales ó semejantes á las que llevan la marca del legítimo dueño. Según esta ley, no existe el de-

recho á una marca si no se usare, así es que el derecho exclusivo á ella se limita á las mercancías con que se usa, para las que ha sido registrada, ó otras similares. No hay país que crea injusto el que se permita á una persona el uso de la marca de otra, siempre que sea para mercancías enteramente diferentes á las que venda el primero, de manera que, el dueño de una marca para medicinas no se opondrá al uso de ella para cuchillería, ni el dueño de otra para automóviles se opondrá al uso de la suya para relojes.

En caso de desavenimiento entre los que pretendan la propiedad de las mismas ó marcas similares, la prueba consistirá siempre en si los artículos podrían ser sustituidos unos por los otros, ó podrían ser usados para el mismo ó similar objeto.

8.º Esta prescripción tiene por objeto proteger los derechos personales, y evitar el uso sin autorización de retratos de personas para fines comerciales, extendiéndose este derecho á los representantes de los que hayan fallecido, siendo excepción á esta regla las marcas registradas en el extranjero (artículo 15, sección 5.ª), porque si la ley de un país extranjero permite el registro de una marca, en raros casos interesará á otros sino á los ciudadanos de aquel país, quienes solamente deberán ser protegidos según prescriban las leyes de su país.

9.º No podrán registrarse como puntos esenciales de una marca los nombres geográficos, porque no es justo permitir á nadie el uso exclusivo del nombre de una ciudad, distrito ó país, á exclusion de los otros habitantes de esos mismos puntos, ni deberá ser permitido el uso de esto, al menos que las mercancías sean de la localidad cuyo nombre se use. Esto no significa exclusión en la marca que se registre, de nombres geográficos, cuando se usen éstos solamente para indicar el nombre de la procedencia de la mercancía, y no se expongan como puntos esenciales de la marca, que son los que, como tales, se citen en la solicitud del registro (artículo 16, sección 2.ª). Podrán registrarse como marcas los nombres de haciendas y títulos de negociaciones, siempre que se usen de ese modo con las mercancías (artículo 8).

CAPÍTULO II

Artículo 7.º Los intereses comerciales han hecho tan general el uso de marcas, que el interés público no requiere por lo general que se usen, aunque sin embargo, como la marca sirve para identificar la procedencia de la mercancía, podría ser muy conveniente el exigir su uso en lo sucesivo con las mercancías que se vendan en el Ecuador, y hasta, tal vez, sería ventajoso hacer obligatorio el registro de las mismas.

Art. 8.º Para que una marca sea legal, deberá requerirse el que se use con las mercancías que lleguen á manos del consumidor, lo cual sólo puede suceder cuando la marca se use en las etiquetas ó envoltorios que contienen el artículo. Una marca usada en carta circular, periódico ó como anuncio de cualquier clase que sea, no podrá considerarse como marca ni podrá ser protegida por esta ley.

Art. 9.º La ley que proponemos reconoce como punto fundamental de la propiedad de una marca la prioridad de su uso. Este particular se ha tratado extensamente en la Petición que acompaña, y aunque dicha propiedad no depende del registro de la marca, sin embargo, es necesario éste para que su dueño goce de la protección que esta ley le concede.

Art. 10. La propiedad de una marca no consiste en el

derecho exclusivo á ella, sino en su uso con la mercancía para que se destina. Este derecho se limita, sin embargo, al uso de la marca con los artículos para los cuales se adopta ú otros semejantes. Esta limitación de los derechos á una marca ha sido ya explicada más arriba (artículo 6, sección 7.ª).

Como apoyo á la regla de que no puede haber derecho á una marca si no se hace uso de ella, se prescribe que al menos que el registrante la use dentro de un año á contar desde la fecha de su registro, la propiedad en ella cesará, además, si se suspendiese su uso por espacio de un año, se perderá también el derecho de propiedad. No deberá existir el derecho exclusivo á una marca, ni el de evitar su uso por otro cuando ha cesado de ser usada como marca, esto es, como identificación de las mercancías con las que ha sido identificada. Para evitar una mala interpretación en cuanto á lo prescrito sobre marcas extranjeras, se ha dispuesto específicamente que no es necesario su uso en Ecuador, sino que bastará el de fuera de la República. Si se omitiese dicha especificación, podría entenderse que si durante un año no hubiere importación de mercancías con marca extranjera, la marca caducará,—lo cual sería por demás injusto,— pues muy bien pudiera suceder que las mercancías se hayan usado en la república durante ese tiempo, y además, que la marca se use extensamente fuera de la República.

Art. 11. El derecho á una marca, lo mismo que cualquier propiedad, deberá poderse enajenar.

Art. 12. Como quiera que no existe propiedad de una marca sino cuando se usa, ésta no podrá enajenarse separadamente, sino junto con la industria á que pertenece; porque siendo su objeto el de indicar la procedencia de la mercancía, si se permitiese separar la marca del negocio en que se había usado, no indicaría ya la misma procedencia ú origen de la mercancía y se engañaría al público, de manera que, las mercancías que antes llevaban la marca podrían ponerse en el mercado con otra marca, mientras que la marca enajenada sería usada con artículos de diferente fabricación y origen del ya conocido por el público, todo lo cual sería contrario á los principios de honradez y á la doctrina establecida por esta ley. Una vez identificada la marca con mercancías de cierta fabricación ú origen, no deberá permitirse sea separada de ella, ni que sea usada con otras mercancías. De acuerdo con este principio, se ha establecido que la venta del negocio llevará consigo la de la marca, salvo estipulación contraria.

En cuanto al traspaso de una marca registrada, éste se deberá inscribir en el Registro para que conste el derecho á la marca, y hasta que se inscriba, no tendrá efecto, ni podrá el que recibe la marca gozar del derecho prescrito en esta ley.

CAPÍTULO III

Artículo 13. El registro de marcas continuará como hasta ahora, pues no se desea afectar los registros hoy vigentes (artículo 52).

Art. 14. El solicitante podrá pedir la inscripción de una marca, personalmente ó por medio de apoderado. Como el registro de una marca ocasiona gastos de honorarios y desembolsos, y como no redundaría en beneficio de nadie el registrar la marca en nombre del dueño legítimo de ella, hay pocas probabilidades de que un poder de esa índole sea falsificado. Las leyes de algunos países requieren que el poder sea legalizado por el Cónsul del país donde se ha de usar el documento, lo cual aumenta en mucho los gastos y no parece ser este requisito necesario.

La ley mexicana requiere que el poder sea firmado ante dos testigos, y de ella hemos adoptado esta disposición. En los Estados Unidos, Gran Bretaña y sus colonias, Austria-Hungría, Bélgica, los Países Bajos y colonias, Francia, Finlandia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Portugal, España, Suecia y Suiza, no es necesario certificar los poderes para el registro de marcas, no siendo necesarias ni las firmas de testigos. Si el señor Ministro de Hacienda así lo considerase necesario, por creer que se hace uso de un poder por otro que la persona á favor de quien haya sido extendido, podrá exigir á su discreción la legalización de dicho documento.

Art. 15. El clisé que será necesario presentar con la solicitud, es para reproducir la marca en el periódico oficial, á fin de facilitar por la publicación del facsímil de la marca el examen por el público y los interesados. El consentimiento referente á marcas extranjeras, según la sección 8.ª del artículo 6.º, queda eliminado. Las marcas registradas según esta ley no necesitan de nuevo consentimiento ni se requerirá éste para las renovaciones.

Art. 16. Al dueño de una marca se le requiere que cite en la solicitud el punto ó puntos de la marca que considere esenciales, y se le permite que se reserve el derecho á ese punto ó puntos. Esto será de mucha ayuda en la determinación de si hay ó no infracción entre una marca registrada y otra no registrada, porque el punto distintivo de una marca pudiera resultar puramente accidental y sin importancia en la misma marca.

Art. 17. Este artículo es igual al número 3 de la ley hoy vigente, excepto que la multa por demora ha sido aumentada.

Art. 18. Hallada conforme la solicitud, y decidido que según el artículo 6.º no se prohíbe el registro de la marca, se requerirá su publicación semanalmente por espacio de tres meses en el periódico oficial. Esta publicación deberá incluir un facsímil de la marca y los detalles completos ó abreviados de que se hace mención en la solicitud, los que servirán de guía al público en cuanto al registro que se intente hacer, y tendrá éste la oportunidad de oponerse bajo la siguiente sección de esta ley evitando así, se conceda un registro en contravención de los derechos de otro (artículo 19).

Se concede tiempo suficiente y oportunidad bastante para poder comunicarse con los dueños de marcas extranjeras en casos de atentados de registros pertenecientes á ellos y obtenidos sin su autoridad.

Art. 19. Si cualquiera reclamare, porque la marca le pertenece por derecho de prioridad, ó por haber contravención á las disposiciones del artículo 6.º, podrá hacer oposición. El asunto lo referirá el señor Ministro á los tribunales para su determinación.

Como el público está interesado en que no se registre una marca que contravenga á las disposiciones de esta ley, el derecho de hacer oposición contra las marcas prohibidas por el artículo 6.º pertenece á cualquiera. No es de suponer, sin embargo, que una persona haga oposición al registro de una marca al menos que ésta tenga algún interés especial en hacerlo, y como el artículo 22 condena al que pierda á que pague daños, perjuicios y costas, esto evitará que haga oposición indebida.

Art. 20. Si no hubiere oposición dentro de los tres meses será concedido el registro.

Art. 21. El registro no anulará el derecho de tercero. El periodo concedido de tres meses antes de efectuarse el registro pudiera resultar demasiado corto para que el interesado se informe, ó pudiera ser que el primer aviso se le hubiere pasado por alto.

Como es punto fundamental según esta ley, que la propiedad de una marca consista en su uso, este derecho deberá ser permanente, aún después de efectuado el registro de la marca por otro. El derecho permanecerá permitiendo la acción de nulidad por cualquiera que se crea perjudicado por el registro. Como será conveniente la limitación del derecho de entablar acción de nulidad, se ha dispuesto que cinco años deberá bastar para ello, y se cree que durante ese período habrá bastante oportunidad para la protección de los derechos de los interesados.

Art. 22. La prescripción sobre pagos de daños, perjuicios y costas, por el que perdiere la acción de nulidad, es impedimento deseado contra las acciones que se entablen con el único objeto de obstruir, y que son seguidas de mala fe. No nos parece necesario el penalizar más de lo expuesto á los que entablen tales acciones.

Art. 23. El derecho de inscripción de una marca según esta ley, es el mismo que señala el artículo 4.º de la ley hoy vigente.

Art. 24. Habiendo sido reconocido por el registro original el derecho del que registra la marca, no hay por qué exigir la nueva publicación de la marca al hacer su renovación, siempre que la marca haya previamente sido registrada según esta ley, y cumplido con los requisitos de la misma en cuanto al registro.

Art. 27. Habiéndose efectuado el registro, deberá llevar la fecha de la solicitud, y los derechos del solicitante se retrotraen á esa fecha.

Art. 28. Este es igual al artículo 7.º de la ley hoy vigente.

Art. 29. El requisito de renovación de una marca al fin de los veinte años, es para evitar la acumulación en el Registro, de inscripciones de marcas que hayan sido abandonadas por sus antiguos dueños ó registrantes, y que por lo tanto, no están ya en vigor ó son reclamadas por los que las registraron. El dueño de una marca que por omisión no la haya renovado durante los indicados veinte años, está protegido contra la apropiación de la misma, pudiéndose oponer á su registro por otro, según el artículo 19, ó podrá entablar juicio pidiendo su cancelación en caso de haber sido ya registrada por otro (artículo 21).

CAPÍTULO IV

Este capítulo ha sido adoptado en el presente proyecto de ley casi íntegro del sometido al Congreso de la República Argentina por la Comisión creada en 1905 y cuyo objeto era el de revisar la ley de Patentes y Marcas de aquella República.

Se refiere este capítulo á la protección de los nombres ó enseñas que propiamente no son marcas.

Art. 32. Hasta aquí sólo se refiere esta ley á marcas usadas con mercancías ó relacionadas con las mismas (artículo 8.º). En negocios se usan, sin embargo, nombres comerciales y otras designaciones que deberán ser protegidas aunque no se usen con las mercancías; entre éstos se incluyen los nombres del productor y del fabricante ó comerciante de donde emanen las mercancías, con las cuales podrán ó no aparecer dichos nombres ó designaciones, en combinación con la marca, pudiendo ser estos nombres propios de una compañía anónima ó de una sociedad. Estos nombres ó designaciones se usan generalmente en los membretes de las cartas, facturas, circulares ú otro material de anuncio, aunque no con las mercancías. También se incluirá, entre éstos, el nombre ó enseña de una fábrica ó manufactura, y tienda ú otro establecimiento de negocio.

Art. 33. Con el fin de evitar confusión y de proteger los derechos á las susodichas marcas, enseñas y nombres, se prescribe que nadie podrá hacer uso de éstas si antes han sido usadas por otro, excepto con tales cambios y alteraciones que las hagan distinguibles de las usadas con anterioridad. Si el nombre fuera propio y se usare con la mercancía, podrá registrarse, y entonces tendrá efecto lo prescrito en el artículo 6.º, párrafo 6, así como en el resto de esta ley.

Art. 36. Con el nombre, según este capítulo, sucede como con una marca; el derecho á su uso no puede separarse de la negociación en que se ha usado y este derecho cesa al abandonarse la negociación.

Art. 37. No es necesario el registro del nombre para poder ejercerse los derechos acordados según este capítulo, pero el artículo 34 prescribe la acción que ante los Tribunales se puede ejercer.

En este capítulo se reconoce, en parte, el principio de competencia desleal, según lo reconocen las leyes de los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y otros países europeos. En estos países, sin considerarse si el registro ó el uso de la marca, y sin haber prescripción específica en los estatutos sobre el particular, la ley prescribe: que ninguna persona podrá negociar de manera tal, que sus mercancías sean aceptadas como las del otro, aunque el parecido exista en el nombre ú otro detalle del negocio.

CAPÍTULO V

Este capítulo estipula para fines de prueba, ciertas presunciones deducidas de hechos establecidos, á saber:

Qué mercancía á la vista en una tienda ó almacén, es ofrecida en venta (artículo 42), y que la ofrece en venta el dueño de la tienda ó almacén (artículo 38, secciones 5.ª y 9.ª), y que si se vendiere ú ofreciese en venta la mercancía de esta manera, con marca falsificada, que la marca ha sido aplicada bajo la responsabilidad de la persona que vende ú ofrece en venta la mercancía (artículo 38, sección 4.ª). Esta presunción es aceptable en tales casos, para facilitar la prueba y hacer que el dueño de una tienda ó almacén dé cuenta en cuanto las mercancías que tiene, y para que sea responsable por ellas. No es injusta al acusado dicha presunción, porque él puede absolverse de toda responsabilidad probando que la mercancía se vendía ó ofrecía á la venta por él, ignorando de que las marcas eran falsificadas, y que dichas marcas falsificadas no fueron aplicadas con su sanción.

Artículo 38 (sección 6.ª). Esta sección prescribe contra el uso en la República de marcas que contengan indicaciones falsas acerca de la naturaleza, cantidad, calidad, origen ó procedencia de la mercancía, ó que aseguren falsamente que han sido premiadas con medallas ú otras distinciones.

El principal objeto de esta sección, es la protección del público contra representación falsa por comerciantes ó fabricantes de cualquier artículo. Las prescripciones de la presente sección en cuanto á registros de marcas, son naturalmente independientes de las otras de esta ley sobre el particular, pues tienen referencia á cualquier clase de marca si ha sido registrada según esta ley, sea ó no imitación de una ya inscrita. Esta sección reconoce un principio que ha sido objeto de convenio internacional, firmado en Madrid en abril 14 de 1891, concerniente á la represión de las falsas indicaciones de procedencia sobre las mercancías, concluido entre el Brasil, Francia, Gran Bretaña, Portugal, España, Guatemala, Suiza y Túnez.

(Sección 8.ª) Tan posibles como cometer infracción en cuanto á una marca mutilándola como imitándola; así es que un comerciante adhiriendo á la marca que lleva la mercancía, un rótulo que indique que son de su fabricación, podría apropiarse de la bondad de la marca tan eficazmente como si la imitara. Es verdad que si la mercancía es legítima, el dueño de la marca no sufrirá por ello tanto como si la mercancía no fuera de su fabricación, sin embargo, no deberá estimularse esta práctica. Esto, naturalmente, no evitará que un comerciante indique debidamente con un rótulo adicional ó de otro modo, sobre las mercancías que vende, el que han pasado por sus manos, siempre que esto se haga sin mutilar la marca y sin engaño en cuanto al origen de las mercancías. También son importantes en este sentido las estipulaciones de la sección 6.ª á que más arriba se hace referencia.

(Sección 9.ª) Un método común de falsificar muchos artículos y particularmente bebidas, es el de rellenar con artículo inferior é imitado, las botellas ó envolturas que llevan las marcas ó etiquetas que anteriormente contenían los artículos legítimos, lo que naturalmente equivale á la falsificación de la marca. Para el dueño de una marca lo mismo da que sean legítimas ó falsificadas las marcas usadas con mercancías de otra fabricación que la suya, ó con otras mercancías á que él no las aplica. El mal es el mismo en ambos casos, pues lo sagrado para él no es la marca, sino el derecho á su uso con ciertos artículos, y es casualmente este derecho el que se viola al hacer uso de la marca, imitación ó falsificación de la misma, con diferentes artículos que los del dueño de la marca legítima. El capítulo VI prescribe cuatro maneras de rectificar el mal: multa y prisión (artículo 38); el pago de daños, perjuicios y costas (artículo 39); la destrucción de las marcas falsificadas (artículo 40) y la confiscación y venta de la mercancía falsificada ó con marca imitada, á beneficio de la Caja Fiscal (artículo 41).

Art. 43. No es fácil determinar cuándo una marca se parece á otra legítima lo suficiente para constituir una infracción. Para salvar esta dificultad (artículo 16, sección 2.ª) prescribe que el solicitante debe exponer en su petición el punto ó puntos esenciales de la marca. Cuando se copien uno ó más de estos puntos, existe la infracción; existe también, cuando se imite un rótulo de tal manera, que sin reproducir exactamente ni uno de sus puntos esenciales, se podrá con él engañar al comprador que conozca medianamente las mercancías. Deberá tenerse presente: que el comprador generalmente no tiene á la vista muestra de la mercancía legítima que desea comprar, ni tiene la oportunidad de comparar la que se le ofrece con la legítima que ya conoce. Por lo general, el comprador sólo retiene recuerdo más ó menos vago de la apariencia del artículo, del nombre por que se conoce y de la apariencia general de la marca. La exactitud del recuerdo del comprador sobre estos puntos, depende de su inteligencia, así es, que en el caso de artículos que generalmente se venden á las clases más humildes, ignorantes y pobres, podrían éstas engañarse con marcas de menos parecido á la legítima, que lo que sucedería en el caso de artículos que generalmente se venden á personas más educadas y de buena posición. La clase del artículo y su valor, determinan también la facilidad de confusión.

Cuando el artículo es de precio elevado se pone más cuidado al comprarlo que cuando es de poco valor. Al comprar artículos de esta última clase, hay menos proba-

bilidades que en el caso de los de más precio, de que el comprador haga un examen detenido.

Así, pues, jabón, hilo, fósforos, cigarrillos y otros artículos que generalmente se venden para uso doméstico no son examinados con cuidado al comprarse para determinar si son ó no legítimos, y en muchos casos, los que generalmente los compran no pueden distinguir entre los detalles de las marcas. En estos casos, los Tribunales deberán proteger los derechos del dueño de una marca con gran cuidado, y estar dispuestos á encontrar imitación cuando sea evidente que el comprador pueda ser engañado y comprar el artículo con la marca imitada creyendo que recibe el legítimo. Se ha creído obtener este fin por lo prescrito en el artículo á que nos referimos. Es evidente que el comprador se limita á efectuar la compra sin hacer examen detenido ó fijarse en la mercancía, no teniendo á la vista el artículo legítimo para comprarlo. Cuando á la simple vista haya probabilidad de confusión, deberá considerarse que hay imitación, aun cuando por examen detenido se distinga un artículo de otro.

Art. 44. El perjuicio de la infracción de una marca cae sobre el dueño de la misma y sobre el público: sobre el primero, porque lo priva del negocio que por derecho le pertenece, y sobre el segundo, por ser este un modo de hacer que reciba mercancías espurias en vez de las legítimas que son las que desea y cree recibir. La infracción de una marca es, por lo tanto, un delito contra el interés público, y deberá perseguirse de oficio.

Art. 47. Para proteger las marcas extranjeras se deberá evitar en lo posible la importación al país de artículos que lleven marcas falsificadas ó imitadas. Como esto se efectúa por las aduanas, se dispone que se deberá dar aviso del registro á los administradores de ellas, enviándoseles un ejemplar del certificado de registro.

Art. 48. Cuando se trate de importar al país mercancías que tengan marcas parecidas á las de los registros que ya conocen las autoridades de aduanas, éstas deberán ponerlas á disposición del Juez competente, y de no hacerlo así, se harán responsables como cómplices del fraude, y tendrán además que pagar una multa.

Art. 49. Según el artículo 16 (sección 5.ª), se requiere que el solicitante declare la nacionalidad de la marca. Como es de aquel país de donde es de suponer se importará al Ecuador la mercancía, se presume que la marca constituye infracción, cuando se trate de importar artículos con marca semejante de otro país que del citado en la solicitud. Esta presunción es fácil desvanecerla si la mercancía fuere legítima.

En ciertos países europeos, han prosperado industrias importantes de artículos falsificados con marcas americanas y europeas, con los cuales han sido abastecidos ciertos mercados de Sud América, y se cree que las prescripciones de este artículo y las secciones que preceden abatirán el tráfico de estas mercancías espurias.

Art. 52. En vista de que muchas marcas extranjeras y nacionales han sido registradas de acuerdo con las prescripciones de la ley hoy vigente, es conveniente proteger los derechos de los dueños de éstas, y extenderles en lo posible, los beneficios de la ley proyectada. Como los registros según aquella ley son perpetuos, se desea establecer un lapso de tiempo, para que conforme con esta ley sean renovados, fijándose el de veinte años, desde la fecha en que empiece á regir esta ley.

Jurisprudencia argentina

SEGUROS DE INCENDIO

El hecho de contratar nuevos seguros sobre el mismo riesgo sin el consentimiento de la Compañía que lo tiene ya asegurado, hace caducar el contrato de seguro.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos estos autos, resulta: Que con fecha diez de mayo del corriente año, se presentó don Manuel Ramos, instaurando contra la Compañía de seguros «La Argentina», demanda por cobro de la suma de diez mil pesos moneda nacional, importe de un seguro. Los hechos en que funda su demanda son los siguientes: Que con fecha septiembre de 1906, aseguró en la Compañía demandada el negocio de tienda y mercería que tenía establecido en la ciudad de La Plata, calle 50, número 673, por el término de un año; Que vigente el contrato, el doce de marzo próximo pasado, se declaró un incendio que concluyó con todas las existencias del referido negocio; Que, por su parte, ha cumplido todas las condiciones de la póliza; Que la Compañía demandada no ha abonado el importe del seguro, habiéndolo hecho, en cambio, las Compañías «Alliance», «La Inmobiliaria», «La República», «El Comercio» y «Fénix», donde también estaba asegurado el negocio mencionado. Solicita se condene á la Compañía demandada al pago de la suma reclamada, sus intereses y las costas, fundando su razón en lo dispuesto en el artículo 1192 y concordantes del Código de Comercio.

Corrido traslado de la demanda á f. 3, lo evadía don Antonio Valenzuela, á f. 7, en representación de la Compañía de seguros «La Argentina», quien, contestando la demanda, opone las excepciones de falta de acción, por no existir contrato, y de *plus petitio*. En cuanto á la primera, manifiesta: Que no es exacto, como se afirma en la demanda, que el señor Vito de Longo sea agente de la Compañía en La Plata; Que este señor se presentó á la Compañía con la póliza de seguro del señor Ramos, á dar cuenta de que éste había contratado ó iba á contratar un aumento de seguro por 10,000 pesos moneda nacional más de los que le tenían concedido diversas Compañías, y á solicitar que ese nuevo seguro fuese consentido y aceptado por «La Argentina»; Que el gerente de la Compañía manifestó al mencionado señor Longo que no permitiría el aumento del seguro y que, además, acciéndose á la facultad acordada por el artículo 7.º de la póliza, optaba por rescindir el seguro del señor Ramos y devolverle su prima; Que la póliza con la respectiva nota de anulación, quedó en poder de la Compañía, y que el señor Ramos no fué á recibir la devolución de la prima; Que cancelado el seguro, no hay fundamento para la demanda instaurada. En cuanto á la segunda excepción: Que la demanda se formula por diez mil pesos moneda nacional; Que es un hecho comprobado que de entre los restos del incendio se efectuó un salvamento por valor de pesos 1,824.33 moneda nacional, el cual ha quedado á beneficio del asegurado; Que el señor Centurión, encargado de la liquidación, comprobó: a) Que Ramos se declaró asegurado por seis Compañías en la suma de 60,000 pesos moneda nacional y no en la de 70,000 pe-

sos que autoriza la póliza que está en poder de su representante; y b) Que los daños sufridos ascendían á pesos 47,617.87 moneda nacional, cantidad que redondeó en la de 47,000 pesos, correspondiendo á cada Compañía 10,000 pesos asegurados, pesos 7,833.33. Que por consiguiente, lo único que debía haber demandado el señor Ramos era esta suma, existiendo, por lo tanto, *plus petitio* en la demanda. Agrega, además, que de acuerdo con la cláusula 7.ª de la póliza, el seguro habría quedado sin efecto, por cuanto el asegurado aseguró en otras Compañías objetos ya asegurados, sin haberlo comunicado á la Compañía «La Argentina», y sin que ésta hubiera aceptado por escrito el nuevo seguro; Que es un hecho que el señor Ramos, no obstante la negativa de la Compañía demandada, tomó 10,000 pesos moneda nacional más de seguro en el «Fénix Argentino», hecho éste que sólo vino á saberlo cuando, ocurrido el incendio y designado el liquidador, fué declarada la totalidad de los seguros existentes. Pide que, en definitiva, se desestime la demanda promovida, con costas.

Recibida la causa á prueba, á f. 11 se produjo la que expresa el certificado de f. 123, y presentados los alegatos de f. 124 y f. 130 queda la causa en estado de ser resuelta, por auto de f. 134.

Considerando: Que en el contrato de seguro realizado por el actor con la Compañía demandada con fecha septiembre de 1906, se ha estipulado en la cláusula 7.ª, que los efectos del seguro y las obligaciones de la Compañía cesan cuando los objetos asegurados se asegurasen por otras Compañías, y ello hasta que el asegurado informe de esos hechos, y que la dirección de la Compañía haya declarado por escrito que la Sociedad vuelve á entrar en sus obligaciones para con el asegurado. Que esa cláusula de caducidad, fundada en el mayor riesgo que importa para el asegurador el aumento del seguro y admitida por la costumbre y la doctrina, es válida por no contrariar disposición legal alguna y ha sido redactada en el instrumento del contrato en forma expresa, sin que su texto dé lugar á duda alguna en cuanto al alcance de la misma;

Considerando: Que al hacer el seguro, el asegurado declaró seguros hasta 50,000 pesos; Que sin embargo, posteriormente, en fecha 27 de septiembre de 1906, tomó un nuevo seguro por 10,000 pesos en el «Fénix Argentino», según lo reconoce él mismo y se halla probado en autos; Que está igualmente probado que en el mes de febrero de 1907 remitió la póliza á la Compañía, indicando el aumento del seguro; Que desde el momento en que hizo el nuevo seguro, de acuerdo con la cláusula citada, han cesado las obligaciones de la Compañía y el asegurado ha debido justificar que ésta dió su consentimiento y declaró que volvía á entrar en sus obligaciones; Que esa prueba no se ha producido y que por el contrario, el actor reconoce, al absolver posiciones, que remitió la póliza á la Compañía, y que después de ello no recibió, ni directamente, ni por medio de don Longo, que fué quien intervino en esos hechos, comunicación alguna respecto á esos hechos; Que el incendio se produjo en el mes de marzo, antes de que la Compañía hubiera dado su consentimiento al asegurado; Que por consiguiente, en el momento del incendio, las obligaciones de la Compañía habían cesado, según lo convenido, ó al menos así resulta de la falta de prueba del actor, y no responde aquélla por daño alguno sufrido por el asegurado, según las obligaciones emergentes del contrato de seguro, que había caducado;

Considerando, además: que no sólo no ha justificado el asegurado la existencia de la declaración de conformidad de la Compañía, con el aumento de seguro, y de su vo-

luntad de asumir de nuevo sus obligaciones, sino que la prueba de autos demuestra, por el contrario, que no se hallaba conforme con ese aumento; Que, en efecto, no sólo no le fué devuelta á Ramos la póliza, que éste remitió por intermedio de Di Longo, con la conformidad de la Compañía, sino que, según lo afirma ese testigo, el gerente le manifestó que no aceptaba el aumento, y que en caso de hacerse prefería rescindir el contrato, y que debía pasar Ramos para arreglar ese asunto, lo cual, según Di Longo, fué comunicado al mismo, como lo justifica el testigo citado, y la carta que con fecha 19 de febrero de 1907 dirigió á la Compañía, agregada á f. 104;

Considerando, además: que la circunstancia de hallarse la póliza con la anotación «anulada», en poder de la Compañía, importa la presunción de que el contrato, por cualquier causa que fuere, se hallaba rescindido; Que la explicación dada por Ramos, al absolver posiciones respecto á la remisión de la póliza, resulta de una incertidumbre evidente, puesto que afirma lo hizo para que se salvara el error cometido en la póliza respecto al monto de los seguros, que en vez de cincuenta mil era de sesenta mil cuando se firmó la misma, y sin embargo se halla probado que el aumento de diez mil pesos se contrató en el «Fénix Argentino», algunos meses después.

Considerando: Que el hecho de haber consentido las Compañías en nombrar liquidador á Centurión, una vez producido el incendio, no es prueba suficiente que destruya la verdad de los hechos examinados, puesto que revocó ese nombramiento algunos días después, y ha podido proceder en tal caso por error, lo cual es presumible, dado que no se explicaría que conscientemente hubiera asumido obligaciones de asegurador en el momento preciso en que debía indemnizar los daños sufridos cuando la caducidad era evidente; Que ese hecho sólo pone en cuestión la exactitud de la fecha en que se anotó en la póliza la anulación, pero no afecta la caducidad, por haberse aumentado el seguro y no haber manifestado la Compañía, en ningún momento, ni la voluntad de reasumir sus obligaciones, ni la prueba producida respecto á la continuación del contrato; Que, por lo tanto, de acuerdo con todo lo expuesto, el actor carece de derecho para reclamar suma alguna de la Compañía demandada, en virtud del contrato celebrado en junio, y del siniestro producido en su casa de negocio; y es innecesario ocuparse del monto real de ese daño.

Por estos fundamentos, fallo: absolviendo á la Compañía de seguros «La Argentina», de la demanda deducida contra ella por don Manuel Ramos, sobre cobro de un seguro, con costas (artículo 221 del Código de Procedimientos). Regulo los honorarios del doctor Durá en quinientos pesos moneda nacional y en doscientos de igual moneda, los del procurador Valenzuela. Regístrese y repónganse las fojas.

Buenos Aires, septiembre 12 de 1907.

Ricardo Seeber.

Ante mí:
Mariano Grandoli.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los señores vocales en la sala de acuerdos y traídos para conocer los autos seguidos por don Manuel Ramos contra la Compañía de seguros «La Argen-

tina», por cobro de pesos, se practicó la insaculación que ordena el artículo 256 del Código de Procedimientos, resultando de ella que debían votar los señores vocales en el orden siguiente: doctores Saavedra, Pérez, Méndez y Esteves.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión á resolver:

¿Es arreglada á derecho la sentencia apelada?

El doctor Saavedra dijo: La caducidad del seguro en cuya virtud se ha iniciado esta acción, está plenamente acreditada, y en consecuencia, el actor carece de todo derecho para exigir de la Compañía el pago de la indemnización que pretende.

Consta, en efecto, que el asegurado, después de la celebración del contrato, realizó un nuevo seguro con otra Compañía, y que en tal caso: «cesan los efectos del seguro y las obligaciones de esta sociedad, hasta que el asegurado haya informado de tales circunstancias y que la dirección de la Compañía haya declarado por escrito que la sociedad vuelve á entrar en sus obligaciones para con el asegurado». (Cláusula 7.ª de las condiciones generales de la póliza).

Con arreglo á esta cláusula es, pues, innegable la caducidad del seguro, en tanto que el asegurado no pruebe que el asegurador aceptó el nuevo seguro y declaró por escrito que volvía á entrar en sus obligaciones para con él.

¿Ha producido el demandante esta prueba? De ninguna manera: 1.º Porque ni siquiera ha pretendido que la Compañía autorizase por escrito el nuevo seguro; 2.º Porque convenida la forma escrita tal como resulta de la cláusula transcrita, ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba (artículo 975 del Código Civil); 3.º Porque el testigo Di Longo, presentado por ambas partes, ó intermediario entre ellas, declara que el gerente de la Compañía le manifestó que prefería rescindir el contrato; 4.º Porque la Compañía, lejos de devolver la póliza con la anotación pedida, se quedó con ella, demostrando así su voluntad de no continuar el contrato; y 5.º Porque la circunstancia de que la Compañía nombrase un liquidador, después del siniestro, ni suple la única prueba procedente, ni es tampoco indicio seguro de aceptación, porque la Compañía pudo creer que el nuevo seguro no había sido todavía celebrado y que en consecuencia, la caducidad no se había operado.

Demostrada así la improcedencia de la demanda, queda únicamente por decidir si es verdad, como lo sostiene el apelante en la expresión de agravios, que la póliza autorizaba el nuevo seguro realizado.

Sostiene á este efecto el demandante, que la declaración de la póliza, de que quedan reconocidos otros seguros hasta cincuenta mil pesos, importa establecer que el asegurado tenía derecho para asegurar hasta un valor de sesenta mil pesos, esto es, los diez mil de esta Compañía y cincuenta mil de otras.

Tal interpretación no puede ser admitida, de acuerdo con los mismos hechos del demandante: 1.º Porque no habiéndola sustentado en todo el curso del juicio, se ve que es un simple recurso de última hora; 2.º Porque si él hubiera entendido así el contrato, no hubiera pedido autorización á la Compañía demandada ni á las otras coaseguradoras; 3.º Porque los hechos de los contrayentes subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, son la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato (artículo 218, inciso 4.º, Código de Comercio), de donde resulta que la autorización para extender á sesenta mil

pesos los seguros, es la más clara comprobación de que el contrato sólo autorizaba un máximo inferior; y 4.º Porque en la duda sobre el verdadero significado de los términos empleados, debe optarse por la interpretación dada por los mismos contratantes.

Por lo tanto, y en mérito de las demás consideraciones concordantes de la sentencia apelada, voto por la afirmativa, y en consecuencia, por que se confirme la sentencia apelada, tanto en lo principal cuanto en la condenación en costas.

Por análogas razones, los doctores Pérez, Méndez, Esteves, se adhieren al voto anterior.

Con lo que terminó este acuerdo, que firmaron los señores vocales doctores Saavedra, Pérez, Esteves, Méndez.—Ante mí: *R. E. Cranwell*.

Es copia del original, que corre á f. 115 del libro 18 bis de Acuerdos comerciales.

Buenos Aires, diciembre 24 de 1907.

R. E. Cranwell.

Vistos: por el mérito que ofrece el acuerdo que prece-
de, se confirma en todas sus partes la sentencia apela-
da, con costas, regulándose en ciento cuenta pesos los
honorarios del doctor Durá y en cuarenta los derechos
procuratorios de Valenzuela, por sus trabajos en esta
instancia. Repónganse los sellos y devuélvanse.

Buenos Aires, diciembre 24 de 1907.

DIEGO SAAVEDRA — CARLOS
MIGUEL PÉREZ — MIGUEL
ESTEVEZ — RAMÓN MÉNDEZ.

Ante mí:

R. E. Cranwell.

Código de Procedimiento Civil ⁽¹⁾

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—IN-
FORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA
CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁ-
MARA.

(Continuación)

Durante la discusión pueden presentarse artículos
sustitutivos ó artículos aditivos.

Este es un artículo aditivo que se aumenta al Pro-
yecto, artículo que no tenía el Proyecto.

Por esta razón, yo opino como el señor senador y da-
ré mi voto en favor.

Me parece prudente la opinión del señor Presidente,
consultar al Senado.

SR. CAPURRO.—Yo también creo que el señor senador
por San José tiene perfecto derecho de presentar este
artículo, para que se discuta.

Pero como en el informe que presenta la Comisión,
no se hace mención de este nuevo artículo, me parece
también que merece algún estudio el que presenta el se-
ñor senador por San José.

(Apoyados).

Y cuando menos pediría que se suspendiese la consi-
deración de este artículo, hasta la sesión venidera, pre-
sentando el señor senador el conjunto y aduciendo las
razones, en apoyo de los artículos que presente á la dis-
cusión del Honorable Senado.

En la primera sesión, podremos venir con mayor estu-
dio y conocimiento á discutirlo, aprobarlo ó recha-
zarlo.

SR. FIGUEROA.—Entiendo que eso quiere decir que se
aplace la consideración de este artículo sin que pase á
Comisión.

SR. CAPURRO.—De ese artículo y de los demás que
tiene que proponer el señor senador.

SR. PRESIDENTE.—Se va á votar.

SR. BAUZÁ.—Señor Presidente: en parte estoy de
acuerdo con lo que han manifestado los señores senado-
res, de que se aplice la discusión de este asunto para la
sesión próxima. Pero creo que aunque tenga su cierta
atingencia con los artículos anteriores, como asunto que
se propone ahora, debería volver á la Comisión de Legis-
lación, porque es muy grave, señor Presidente, lo que se
discute.

La proposición del señor senador por San José es
gravísima. Viene nada menos que á limitar la acción de
los Jueces Departamentales y á dejar á la campaña re-
ducida á una condición que no sabemos hasta dónde lle-
gará su trascendencia.

Por mi parte, creo que debe pasar á la Comisión de
Legislación y que ella informe sobre lo que debe despa-
char el Honorable Senado.

Que como un asunto de carácter ordinario pase á la
Comisión respectiva, y ella nos ilustrará con su informe
y luego el Senado despachará.

Sería,—sin perder el tiempo que aconsejan los señores
senadores—llenar un trámite perfectamente reglamen-
tario.

Es un asunto—puede decirse—nuevo, por mucho que
se conceda atingencia á lo que el señor senador propone.

Yo hago moción para que pase á la Comisión de Le-
gislación recomendándole el breve despacho.

(Apoyados).

SR. FIGUEROA.—Haciendo el señor senador una mo-
ción, si la apoya el Senado no tiene nada de particular
que se siga ese orden. Pero el orden del Reglamento no
es ese, y á observarse ese procedimiento, serían intermi-
nables las leyes, porque á cada artículo aditivo que se
pudiera presentar, si la Mesa le daba ese trámite de pa-
sar á la Comisión, nunca acabaríamos.

Ahora si por la naturaleza del asunto...

SR. BAUZÁ.—Por eso mismo.

SR. FIGUEROA.—...de ser más grave que cualquier
otro, se hace una moción especial, no tengo inconvenien-
te en apoyarla yo también, no como procedimiento ordi-
nario, sino como procedimiento extraordinario, en razón
de la gravedad del asunto.

SR. BAUZÁ.—Precisamente por eso yo había adelanta-
do algunas palabras de más.

SR. PRESIDENTE.—Es en ese concepto que la Mesa
creía que debía pasar á Comisión, por la especialidad del
asunto.

SR. CAPURRO.—Creo que mi moción ha sido apoyada
y pediría á la Mesa se sirviera ponerla á votación.

(1) Véase el número anterior.

SR. PRESIDENTE.—¿La moción cuál fué?

SR. CAPURRO.—Que se aplazara este asunto sin que pasase á la Comisión.

(Se vota y es aprobada).

SR. SALVAÑACH.—Como se ha indicado que se aplaza para la sesión próxima, yo pediría, para que se conocieran los demás artículos correlativos, que los leyera el señor Secretario.

(Se lee lo siguiente:)

«Artículo 97. Los Jueces Letrados de lo Civil conocerán en primera instancia de todas las causas civiles del Departamento de la Capital de más de 2,000 pesos, y los de campaña, en las que excedan de 6,000 pesos; de las de intestados sea cual fuere su importancia; de las que directamente se relacionen con la Hacienda Pública; de las reclamaciones que se dirijan contra la Administración de Aduana que excedan de cien pesos y de las mencionadas en los artículos 43 y 44.

«Cuando los reclamos contra la Aduana no excedieran de cien pesos, conocerá de ellos el Colector con apelación para ante los Jueces de lo Civil.»

«Artículo 686. Todos los incidentes que puedan ocurrir con motivo de la constitución del Tribunal extraordinario serán decididos por el Tribunal ordinario, sin otro recurso que el de revisión, conforme á lo dispuesto en el artículo 653.

«Del incidente sobre deserción de este recurso, conocerá también el Tribunal ordinario.»

Este artículo que acaba de leerse es copiado enteramente del artículo 97 del Código Civil, con la sola circunstancia de que limitada la jurisdicción de los Jueces Letrados á 6,000 pesos, tenemos que ser consecuentes y proponer entonces que en lugar de decir que los Jueces conocerán... (Leyó).

Se establece que conocerán también en los asuntos que no excedan de 6,000 pesos.

Aquí se concluye lo referente á la limitación de los Jueces Letrados de campaña.

Hay otro artículo referente á los recursos de nulidad é injusticia notoria.

Actualmente hay una duda, con motivo del Código de Procedimientos, sobre cuál es el Tribunal que ha de conocer en incidentes sobre declaración de deserción de los recursos por falta de pago de planillas.

Después que se pasan treinta días sin que la parte recurrente haya pagado sus costas en la planilla de esa instancia, se declarará desierta en el artículo á que me refiero, y el Código no ha tenido la previsión de manifestar á quién compete la declaración de esa deserción, si es al Tribunal ordinario ó al extraordinario.

Con ese motivo, pido que se lea también esa modificación que introduzco, determinando con claridad quién es el Tribunal que debe conocer en este caso.

SESIÓN DEL 24 DE MARZO DE 1882

(Se lee el artículo 95 del Código de Procedimientos modificado por el señor senador por San José, en la sesión anterior).

SR. PRESIDENTE.—En discusión general.

SR. SALVAÑACH.—Después, señor Presidente, de cuanto tengo manifestado sobre las ventajas de la reforma propuesta, difícilmente tendré yo algo que agregar, hasta oír siquiera la opinión al respecto de los demás señores senadores, sin que se haya levantado una sola voz en este recinto para discutir, ó mejor dicho, para obstar á la sanción de esta reforma, reforma que ha merecido el honor de la discusión, hasta por la prensa.

Allí se han debatido las opiniones diversas al respecto, y francamente lo diré sin inconveniente alguno, no se han dado motivos bastantes para destruir la opinión que al respecto he tenido desde el principio, cuando tuve el honor de proponer esta reforma.

Por consiguiente, señor Presidente, yo he fundado extensamente y demostrado la conveniencia á mi juicio, de la reforma de limitación de los Jueces Letrados de campaña, respecto no solamente á Montevideo, como se ha dicho, sino á los mismos intereses de la campaña, que son los que principalmente vienen á beneficiarse con la reforma propuesta, puesto que hemos repetido bastante, que no hay semejanza de descentralización judicial ni puede haberla hasta que la campaña sea munida de todos los resortes de la magistratura y de la abogacía, necesarios para que allí se comiencen y se terminen los pleitos.

Tengo conciencia plena, señor Presidente, de que esta reforma es conveniente á los intereses públicos y privados, y la tengo, porque la práctica de magistrado y abogado, me ha convencido de que si los asuntos que se ventilan en la campaña, han de venir á cada instante á la Capital, poco ó nada se habría adelantado con la reforma que se propusieron hacer los legisladores en el Código Civil de Procedimientos.

Esa reforma fué un ensayo.

(Continuará).

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 5.—AÑO XV

SOBRE LEGÍTIMA. — *La parte disponible de que el testador no ha dispuesto, pertenece á la legítima rigurosa del hijo natural cuando existe también un hermano legítimo del difunto?*, por el doctor Héctor Miranda, pág. 65.

LABOR DE LOS JUECES DE PAZ. — *Matrimonio. Publicación de edictos: ¿Cómo se cuenta el término de la publicación de los edictos que deben preceder al matrimonio: por ocho publicaciones ó por ocho días á contar de hora á hora de la fijación del edicto en la puerta del juzgado?*, pág. 70.

JURISPRUDENCIA:

Probado que un socio comanditario ha hecho el aporte á que se obligó, queda libre de toda responsabilidad personal por razón de las deudas sociales.

Si se embarga, para responder á deudas sociales, un bien perteneciente á un socio solidario en las condiciones expuestas, tiene éste en el juicio el rol de tercerista, pág. 71.

PROYECTO DE LEY DE MARCAS PARA LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, pág. 71.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA:

Seguros de incendio: El hecho de contratar nuevos seguros sobre el mismo riesgo sin el consentimiento de la Compañía que lo tiene ya asegurado, hace caducar el contrato de seguro, pág. 77.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. — *Historia de las reformas de 1883,* pág. 79.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO, 18 de Julio 23

LA REVISTA

D E

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ORGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan.
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Costant, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaidi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos E.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campe, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Rouband, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vecza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal, Dalmiro, Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 30 DE NOVIEMBRE DE 1968

NUMERO 6

Alta Corte de Justicia

Denuncia sobre pesquisas secretas

LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN PUEDEN PRATICAR INVESTIGACIONES SIN CONOCIMIENTO DEL PRE-IMPULPADO Y OBTENER POR ESTE MEDIO LA SEMIPLENA PRUEBA QUE LOS AUTORIZA PARA DICTAR ORDEN DE PRISIÓN.

ESTE PROCEDIMIENTO NO IMPORTA REALIZAR LAS PESQUISAS SECRETAS ABOLIDAS POR LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

LA AUDIENCIA Ó INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO NO ES PRECEPTIVA ANTES DE QUE TENGA ÉSTE LA CALIDAD DE PREVENIDO.

En Montevideo, á diez y nueve de agosto de mil novecientos ocho, estando en audiencia la Excm. Alta Corte de Justicia, por ante el infrascripto Secretario dijo:

Que habiéndose formulado denuncias en varios diarios, y entre ellos en el número de «El Día» que se tiene á la vista, de que en los Juzgados Letrados de Instrucción se practican pesquisas secretas, mandaba: que los señores Jueces á cargo de los referidos Juzgados informen, por su orden, sobre los hechos que

hayán podido dar margen á tales denuncias.—Y lo firman, de que certifico.

GARZÓN—PIERA—CUÑARRO—ROMEU
BURGUÉS—BASTOS.

J. Cubiló,
Secretario.

INFORME DEL SEÑOR JUEZ LETRADO DE INSTRUCCIÓN DE
1.º TURNO

Excm. Alta Corte de Justicia:

El Juez que suscribe, produciendo el informe ordenado, á V. E. dice: Que jamás el infrascripto ha instruido sumarios violando la disposición contenida en el artículo 115 de la Constitución; siempre sus procedimientos se han ajustado en un todo á lo que al respecto disponen nuestras leyes.—La iniciación del proceso, sin excepción, ha tenido lugar por petición de parte ó del acusador público cuando no se trata de infraganti delito, como dispone el artículo 146 del Código de Instrucción Criminal, ó si se refiere á delito que es público y notorio que ha sido ejecutado, caso previsto en el artículo 149 de oficio.

Practicadas las diligencias necesarias y obtenida la semiplena prueba de culpabilidad que requieren los artículos 113 de la Constitución y 12 del Código de Ins-

trucción Criminal, se libra mandamiento de prisión contra el autor del hecho punible.—Esto está de acuerdo con las siguientes disposiciones del Código citado:

El artículo 143 establece que el sumario lo constituyen las actuaciones ó diligencias instruidas para la averiguación de los delitos y de sus autores y cómplices; de modo que hay un período del sumario en que no se sabe quién es el autor del delito que lo motiva, y al efecto se practican investigaciones.

El artículo 12 en su inciso 2.º, dispone que no tratándose de delito infraganti, no podrá decretarse la prisión sin que previamente se constate la existencia del cuerpo del delito;—y ¿cómo es que éste se constata?: lo dicen los artículos 153, 154 y 155: por medio de inspecciones periciales, por declaraciones de testigos ó de los damnificados,—diligencias todas que tienen que efectuarse antes de que exista prevenido en la causa. Los artículos 44 y 45, estatuyen que no siendo el delito infraganti, una vez deducida la querrela el Juez citará á los testigos que se indiquen, y resultando de esas actuaciones semiplena prueba de delito y de sus autores, librará mandamiento de arresto contra quienes correspondan; lo que implica que sin que exista procesado, el Juez deberá interrogar á los testigos, incoar sumario, á fin de lograr la semiplena prueba necesaria.

Y como no hay disposición que diga lo contrario, es evidente que esas actuaciones tienen que ser reservadas, pues sólo la ley da intervención al procesado en el caso de reputársele prevenido y proveérsele de defensor, como expresamente lo determinan los artículos 60 y 100 del Código de Instrucción Criminal.

Las reservas de esas actuaciones las proclama el propio autor del Código en su tratado de «Cuestiones prácticas de Derecho Penal Procesal» en los siguientes términos:

«Bien se comprende que hasta este momento la indagatoria es reservada, sin perjuicio de la asistencia de un defensor dado al prevenido en el acto de prestar su declaración. La unidad de dirección de las investigaciones, su rapidez, el éxito que se busca con el descubrimiento de la verdad, sólo puede obtenerse con la reserva del procedimiento, dentro de las formas legales». (Página 99).

«Fácilmente se alcanza que si no fueren reservados los procedimientos, si se le diere intervención al presunto inculcado, jamás podrían ser enjuiciados los autores de delito, que no fueren tomados infraganti; así lo dice el ex Fiscal del Crimen, doctor Aréchaga, en una causa en que fué este punto debatido. Mucho podría decirse, todavía, sobre los resultados desastrosos á que conduciría la tesis de la defensa, resultados que pondrían de manifiesto el absurdo á que llevaría, la misma improcedencia de la medida reclamada por la defensa. Puede fácilmente imaginarse que si al inculcado ó denunciado de un delito debiera dársele audiencia ó intervención en los procedimientos anteriores á su enjuiciamiento, todos los delincuentes eludirían las sanciones de la justicia y se procurarían la impunidad. Semejante medida implicaría hacer ilusoria la institución de la justicia penal, para el castigo de los delitos cuyos autores no fueran tomados en flagrante delito por la autoridad».—Y más adelante agrega: «Sostener lo contrario equivaldría á desnaturalizar los fines de la justicia penal, haciendo que los Jueces ante las denuncias de delitos cuyos autores son desconocidos, se crucen de brazos, facilitando así la impunidad de los delincuentes, con grave perjuicio del orden social».—Esto mismo

es reconocido en una sentencia publicada en LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, del Excmo. señor Ministro doctor Bastos cuando desempeñaba el Juzgado Letrado del Crimen, y que mereció ser confirmada por el Superior Tribunal del que formaba parte el autor del Código de Instrucción, doctor don Laudelino Vázquez.—Dicha sentencia establecía en el 3.º Considerando: «que el encausado no tiene intervención en los juicios criminales sino después de ser reputado prevenido y estar provisto de defensor, análogamente á lo que ocurre en los juicios ejecutivos, en que el ejecutado no es oído mientras no se le cita de excepciones...» (Tomo 7, página 249).

A este procedimiento que surge de disposiciones claras y terminantes de la Ley, que es proclamado como legítimo por el autor del Código y que la jurisprudencia lo acepta como justo y necesario para los fines de la justicia penal, se ha dado en llamarle pesquisas secretas prohibidas por nuestra Carta Fundamental.—«Nuestra Constitución—dice el doctor Vázquez en su obra citada—prohibe las pesquisas secretas (artículo 115); pero los actos de un funcionario judicial en el ejercicio de su ministerio no tienen aquel carácter.—La pesquisa secreta la constituye una averiguación sigilosa y oculta que no deja constancia de sus actos, procediendo en el misterio, sin someterse á formas ó garantías que establecen alguna presunción de verdad á sus procedimientos y que, por el contrario, es sospechosa por los medios empleados en la indagación». Así que es un absurdo inconcebible el calificar de pesquisa secreta á la indagatoria verificada para obtener la semiplena prueba, cuando aún no existe procesado en la causa; la institución que ha sido suprimida por la Constitución son las pesquisas que se practicaban de oficio, consagradas por la antigua legislación española.

El doctor Montero Paullier, como Juez del Crimen, dice en una sentencia:—«que la pesquisa secreta que prohíbe la Constitución, como hoy la prohíben casi todas las legislaciones de los países cultos, es la que se hacía por las crueles é inhumanas justicias de un pasado lejano sin dejar rastro ni tener expresión alguna en los procesos, y que sin embargo servían para llegar á condenaciones infamantes y monstruosas sin más base que el prejuicio, el capricho ó la manía sanguinaria ó la arbitrariedad; que esa justicia era la que hacían los monarcas despóticos con sus esbirros y cortesanos y sus cartas de cachet, como era también la que inventó y generalizó la intransigencia religiosa para llenar sus calabozos y alimentar sus hogueras, pero es justicia que ya no tiene cabida fuera de las sociedades semibárbaras...»

Queda, pues, demostrado que los procedimientos observados por el Juez sumariante, cumpliendo las formalidades que la ley requiere, antes de que haya encausado, no pueden en caso alguno constituir las pesquisas secretas que el artículo 115 de la Constitución ha suprimido. Nuestro Código de Instrucción Criminal no hace absolutamente ninguna diferencia en los procedimientos que han de seguirse para la instrucción de los sumarios, ya sea con intervención del Ministerio público, ó á querrela de la parte damnificada; no hay en él ni una disposición que pueda dar mérito á pretender establecer diferencia alguna. De modo que, sin limitación de ninguna especie, debe sostenerse que tratándose de un delito, sin excepción se instruirá el sumario ante el Juez que la ley de 27 de mayo de 1896 estatuye, con estricta observación de los procedimientos que prescribe el Código de Instrucción.

Sobre esto tambien existe jurisprudencia; consta en LA REVISTA DE DERECHO la referida sentencia del señor Ministro doctor Bastos, la del Superior Tribunal que la confirmó y una resolución del ex Juez de Instrucción doctor Piñeyro. (Tomo 7.º, página 249, y 11, página 3).

El artículo del diario «El Día» agregado, es debido á que en un sumario iniciado á instancias de parte por injurias, el Juzgado citó á declarar á todos los testigos, se presentó también el denunciado acompañado de uno de los directores de ese diario como defensor, queriendo en su presencia prestar declaración, á lo que no se accedió porque aún no tenía el carácter de prevenido. Esto es lo ocurrido; estando el procedimiento en un todo conforme con las disposiciones legales y demás consideraciones que arriba se han consignado.

Lo que no puede pasarse por alto es la aseveración que se hace en el diario, de que todos los días se presentan ante los Juzgados de Instrucción querellas, y que los Jueces somos instrumentos de los que por ese medio quieren obtener lucros indebidos, molestando á la gente de bien.

Es bien público y bien notorio que tales afirmaciones son completamente falsas; ya hace tiempo que de los Juzgados de Instrucción fueron desterradas para siempre las personas á que el articulista se refiere.—Antes de dictarse una orden de prisión en asuntos de querella de parte, se agotan las investigaciones, se examina la prueba con la mayor cautela, hasta el punto que el Juez que suscribe se atreve casi á afirmar á V. E. que no pasan de dos los mandamientos de arresto que ha dispuesto en estos casos durante el tiempo que desempeña este Juzgado.

Es cuanto tengo que informar á V. E., á quien Dios guarde muchos años.

Juan José Gomensoro,
Juez de Instrucción de 1.º turno.

INFORME DEL SEÑOR JUEZ LETRADO DE INSTRUCCIÓN DE 2.º TURNO

Excmo. Alta Corte de Justicia:

El Juez que suscribe, evacuando el informe dispuesto, á V. E. expone:

Que los procedimientos adoptados por el infrascripto en los sumarios en que ha intervenido desde que desempeña el Juzgado, están de perfecto acuerdo con la más estricta legalidad, porque aquéllos se instruyen invariablemente con arreglo á los principios y preceptos expresos que rigen esta materia y se encuentran consignados en la Constitución y en el Código de Instrucción Criminal de la República. La cuestión á que se refiere el presente informe y que ha dado mérito á su discusión en la prensa, —plantada en términos más sencillos,—es la siguiente: Iniciada una causa criminal por denuncia ó querella del damnificado por el hecho delictuoso, debe dársele inmediatamente intervención como parte al denunciado ó supuesto inculcado, antes de que sea prevenido? ¿Es preceptiva la audiencia ó intervención del imputado?

El que suscribe,—después de meditar detenidamente el punto,—considera que no tiene tal obligación, y para pensar así se funda en las disposiciones terminantes de la ley positiva, en las conclusiones de la doctrina y en la práctica constante adoptada por los magistrados del país.

I

El principal argumento que invoca el suscripto como fundamento de la práctica procesal que sigue, es el texto de la ley.

Basta observar, en efecto, el articulado del Código de Instrucción Criminal, para persuadirse de que no existe ninguna disposición que prescriba la intervención ó audiencia del denunciado en los procedimientos anteriores á su enjuiciamiento. El artículo 12,—segundo apartado,—del expresado cuerpo de leyes establece que: «no tratándose de delito infraganti no podrá decretarse la prisión sin que se constate previamente la existencia del cuerpo del delito».

Pues bien: el infrascripto entiende, y así siempre lo ha entendido, que esa constatación, previa al enjuiciamiento del inculcado, debe efectuarla el Juez instructor adoptando en la oportunidad debida todas las medidas de investigación necesarias á la completa averiguación de los delitos y de sus autores ó cómplices (artículo 143 del Código de Instrucción Criminal); que la elección de esos medios de constatación la ley la abandona á la discreción y buen tino del Juez sumariante, y que esa misma ley, finalmente, por razones muy obvias, no le impone la obligación de darle audiencia ó intervención en el expediente al denunciado por cualquier delito,—traiga éste aparejada acción pública ó acción privada,—mientras no revista en la causa la cualidad de prevenido, lo que ocurrirá recién cuando haya semiplena prueba de delincuencia, en cuyo caso se decreta el arresto preventivo del imputado, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 12 y 113 del Código de Instrucción Criminal y de la Constitución del Estado respectivamente. Y si alguna duda pudiera aún abrigarse respecto á esta cuestión, ahí están los artículos 44 y 45 del citado Código de Instrucción Criminal que la resuelven. La primera de las disposiciones aludidas estatuye: «no siendo el delito infraganti, una vez deducida la querella, que firmará el que la haga ú otro á su ruego, el Juez citará á declarar á los testigos que se indiquen»; y el otro precepto en seguida agrega: «resultando de esas actuaciones la semiplena prueba del delito y de sus autores, librará mandamiento de arresto contra quienes correspondan».

Y es precisamente con arreglo á estas formalidades esenciales cómo se procede en el Juzgado á cargo del infrascripto. Se deduce una querella ó se denuncia un delito que da acción pública; inmediatamente se manda instruir el sumario correspondiente, adoptándose todos los medios autorizados por la ley para la justificación del hecho y el descubrimiento de su autor; y si después de un minucioso examen de los elementos de convicción acumulados al expediente, resultara semiplena prueba de culpabilidad, se dena la prisión preventiva del responsable.

Con frecuencia el imputado es oído ampliamente antes de declarárselo prevenido,—diligenciándose también todas las pruebas de descargo indicadas para él mismo;—pero á veces las exigencias del sumario son tales que de darse audiencia ó intervención al supuesto culpable se corre el peligro de que se malogre la investigación y quede burlada la acción de la justicia. Cuando los datos que se tienen permiten afirmar que puede fácilmente producirse ese peligro, entonces se emplea el procedimiento preliminar al enjuiciamiento, con carácter reservado. Y es á este procedimiento reservado al que equivocadamente se le llama *pesquisa secreta*. Se ha sostenido en la prensa que el período indagatorio reservado que precede al arres-

to del inculpaado es un procedimiento arbitrario; pero las simples afirmaciones no son suficientes: es necesario que se indique el texto legal expreso que imponga preceptivamente la intervención del imputado.

Tiene el infrascripto la convicción de que tal cosa no sucederá porque en el Código de Instrucción Criminal,—que es la ley que fija el orden y las formalidades del proceso en lo penal (artículo 103 de la Constitución),—ni en la ley del 27 de mayo de 1896, existe ninguna disposición que obligue al Juez sumariante a oír ó darle intervención como parte al supuesto inculpaado en el momento que antecede á su enjuiciamiento.

Por último, el verdadero sentido de la ley en lo que respecta á este punto, está claramente manifestado en las siguientes palabras escritas por el codificador doctor don Laudelino Vázquez, que se transcriben: «Bien se comprende que hasta este momento la indagatoria es reservada, sin perjuicio de la existencia de un defensor dado al prevenido en el acto de prestar su declaración». «La unidad de dirección de las investigaciones, su rapidez, el éxito que se busca con el descubrimiento de la verdad, sólo puede obtenerse con la reserva del procedimiento, dentro de las formas legales». (El subrayado pertenece al propio autor). «La Instrucción judicial indagatoria reservada es una medida de orden público, perfectamente justificada». («Cuestiones Prácticas de Derecho Penal Procesal», páginas 99 y 100).

II

Como se ha dicho anteriormente, la doctrina jurídica y hasta la legislación comparada están en armonía, en cuanto á la indagatoria reservada, con el sistema de nuestro Código de Instrucción Criminal, según se verá en seguida.

Fernando Puglia,—profesor de Derecho y Procedimiento Penal, en la Universidad de Messina,—dice: «Los criminalistas estudiando las formas de procedimiento han constatado que se pueden reducir á tres sistemas principales, que son el sistema *acusatorio*, el sistema *inquisitorio* y el sistema *mixto*. El sistema *acusatorio* es considerado como el mejor sistema de procedimiento penal, porque está informado por principios de libertad, y puede resumirse en la *libertad de acusación*, *libertad de defensa libre* y en *libre convencimiento* del Juez. Los actos y los institutos procesales están organizados como para mantener aquellas tres formas de libertad. El sistema *inquisitorio* es considerado como el peor sistema de procedimiento penal, porque tiene diversas características y algunas opuestas á aquellas que son propias del sistema precedente. Puede resumirse en la falta de *libertad*. El sistema *mixto*,—como indica la misma palabra,—es el sistema de procedimiento penal, que tiene la característica en parte propia del uno y en parte propia del otro de los sistemas de procedimiento penal examinados. Es un sistema dentro de ciertos límites informado por principios de libertad. En él pueden distinguirse dos periodos, uno *preparatorio*, que tiene los caracteres del sistema *inquisitorio*, el otro definitivo, que tiene algunos caracteres del sistema *acusatorio*. Este último sistema, que ha tenido su origen en la Revolución Francesa, es el prevalente en la legislación procesal moderna, salvo la inglesa». Más adelante, el mismo autor dice que el procedimiento penal italiano se compone de tres partes ó periodos, denominándose *formal* á la primera de ellas. «El período *formal* tiene dos fases distintas,—una de ellas es la *instrucción preparatoria*, y la otra es el *juicio*,—y es la manifestación

pura del sistema de procedimiento *mixto*, del que ya hemos expresado los caracteres. La *instrucción preparatoria* está informada en el sistema *inquisitorio*, ya que se preparan *secretamente* y por escrito todos aquellos elementos que se consideran útiles para la constatación del delito y el descubrimiento del culpable. La *inquisición* es confiada á un magistrado, al *Juez instructor*, que desempeña sus atribuciones con sólo el concurso de la autoridad pública y del Ministerio Público, desde que está excluida la intervención del imputado y del defensor. Nuestro procedimiento *instructorio*, como ya se ha dicho, está inspirado en diversos principios, desde que la *instrucción* se ha confiado á un magistrado especial, al *Juez instructor*, y es *secreta*. Por nuestras leyes la *instrucción* no sólo es *escrita* sino también *secreta*, pues se ha considerado que con el secreto en la *instrucción* puede procederse con mucha eficacia en la constatación de los delitos y en la averiguación del culpable. («Principi fondamentali di diritto giudiziario penale», págs. 16, 17, 28, 29, 156 y 157).

Por su parte, Saluto, refiriéndose á esa *instrucción preparatoria*, se expresa en los siguientes términos: «La *instrucción preparatoria* de los procesos puede, pues, decirse, que es en general una *investigación judicial* que tiene por objeto averiguar todas las circunstancias, reunir todos los elementos y provocar todas las medidas conservatorias que sean necesarias para apreciar los hechos constitutivos del delito, y para asegurar la acción de la justicia; ella forma el principio y la preparación de la materia del proceso, que es la tela de todos los actos que deben servir de base para someter oportunamente á juicio á los ciudadanos, y para guiar al Juez á desentrañar la verdad en la discusión oral, cuando llegue el momento de determinarse la causa». («Commenti al Codice di Procedura Penale», tomo II, pág. 110).

Otro eminente penalista, R. Garraud, profesor de Derecho criminal en la Universidad de Lyon, dice: «que en el procedimiento francés existe una *instrucción preliminar* especial. Esta *instrucción*, llamada *preparatoria*, tiene, en nuestra legislación positiva, tres caracteres que la distinguen de la *instrucción* de la audiencia: es *secreta*, *escrita* y se hace *sin defensa contradictoria*. («Traité de droit penal français», t. I, págs. 47 y 48).

El propio doctor Vicente Fidel López, en su estudio expositivo del libro del doctor Laudelino Vázquez y de sus doctrinas, el cual le sirve de prólogo á esa obra, dice: «por muy sincero que sea el deseo de proceder con toda publicidad en la sustanciación de una causa criminal, no hay como evitar la necesidad de comenzar por una *indagación reservada* de las circunstancias aparentes que se relacionen con los actos de las personas más ó menos indicadas como actores ó como conocedores del hecho» (tomo VI, página XXI).

Nuestro Código de Instrucción Criminal, huyendo de las exageraciones de los sistemas *inquisitorio* y *acusatorio*, ha optado por el sistema *mixto*, es decir, por el sistema de procedimiento penal que tiene los elementos constitutivos y los caracteres de los dos primeros.

Del contexto de las disposiciones del Código de Instrucción Criminal, fluye con toda claridad que el procedimiento penal prescripto por aquel cuerpo de leyes, es *inquisitorio* al principio, hasta que haya prevenido ó procesado en la causa; hasta ese momento, esto es, hasta el instante que se decreta el arresto preventivo de alguna persona por haber semiplena prueba legal de delincuencia, no existe más que una simple indagatoria *reservada*, *escrita* y *no contradictoria* (artículos

12, 44, 45, 59, 60, 151, 153, 154, 156 y 166; 231, 236 y 256—y 60 y siguientes y 100 del Código de Instrucción Criminal).

Una vez que se decreta el enjuiciamiento del supuesto culpable, el procedimiento instructorio desde entonces sufre una notable modificación, porque si bien continúa siendo no contradictorio y escrito, pierde en cambio uno de los caracteres típicos del sistema inquisitorio, que es el secreto; pues á partir precisamente del instante en que una persona reviste la calidad de prevenido en un sumario, es preceptiva su audiencia. (Artículo 114 de la Constitución y artículos 60 y 156 del Código de Instrucción Criminal).

La cooperación del encausado y del Fiscal del Crimen en las diligencias del sumario,—cuya «formación» le está encomendada sólo á los jueces competentes, se produce posteriormente; «la intervención de las partes y del Ministerio público vienen á un tiempo: cuando esto es requerido para garantizar sus respectivos derechos; lo que se produce con motivo de la ampliación del sumario». (Laudelino Vázquez, anotaciones sobre la Alta Corte de Justicia, página 68).

Después de esto, se permite la completa ingerencia del prevenido en el proceso (artículos 61 y 62 del Código de Instrucción Criminal); y una vez completo el sumario, se entra de lleno al período acusatorio, porque es en esta etapa del juicio criminal en que se inicia el debate entre el Ministerio público y la defensa. «¿Son estas las verdaderas doctrinas y las que deben prevalecer?», exclama el autor del Código de Instrucción Criminal vigente. «Sin duda alguna, á nuestro juicio» (lugar citado). Las imperiosas exigencias de la defensa social imponen la reserva, el secreto, en los procedimientos instructorios anteriores al enjuiciamiento y captura del presunto culpable, porque adoptándose una absoluta publicidad en esas diligencias preliminares, que pueden llamarse presuntorias, se llega á uno de estos dos extremos igualmente desastrosos para la buena administración de la justicia represiva:—ó se facilita al supuesto culpable el medio de cumplir un impulso humano y natural, de recurrir á la fuga ó ocultación para eludir la acción penal,—ó se le coloca en condiciones de poder preparar estratagemas hábiles y urdir premeditadamente tramas para asegurar su impunidad. Esto es evidente. Cuando existen datos que permiten afirmar ó presumir que los elementos y piezas de convicción de un hecho criminoso se encuentran en poder de un supuesto delincuente,—como en el caso, por ejemplo, de una falsificación de monedas ó de cualquier documento de crédito público en que los instrumentos y demás objetos que han servido para la elaboración del delito están en la propia casa del presunto autor,—es inquestionable que no hay otro medio eficaz de investigación que el de proceder reservadamente, excluyendo toda intervención del supuesto delincuente y no dándole noticia de la inquisición judicial mientras no tenga en la causa la calidad de prevenido. En el ejemplo propuesto,—así como en una infinidad de casos que se presentan frecuentemente,—la medida de instrucción que se impone es una inspección ó visita domiciliaria para que el Juez instructor pueda incautarse de los instrumentos destinados á la falsificación lo mismo que de los demás objetos del delito. Ahora bien: si el presunto autor, no prevenido aún, tuviera intervención ó participación en los procedimientos preliminares, ¿no es evidente que ese medio de comprobación sería completamente ineficaz? por lo demás, para el magistrado instructor no hay ni puede haber reglas taxativas: cuando no haya motivos

bastantes de que puedan malograrse determinadas diligencias de indagación anteriores al enjuiciamiento de algún presunto reo, es claro que no hay que rehusar y no se rehusa la intervención de éste; pero cuando, por el contrario, se tienen fundamentos serios para creer que la participación del imputado comprometerá el éxito de la investigación, entonces lo legítimo y lo racional, desde que así lo faculta la ley y lo aconseja el buen sentido, es rechazar toda intromisión de aquél en los procedimientos. Por eso un abogado nacional reproduce la doctrina de V. Joh, de aplicación al caso, según la cual «la publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo del instructor, quitarían á la instrucción la seguridad y la unidad de su marcha; permitirían al inculpa-do y sus cómplices no descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo los testigos... y hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia» (Doctor Damián Vivas Cerantes: «Proyecto de un Código de Procedimiento Penal», tomo I, página 114). Con la absoluta publicidad de la investigación inicial los fines de la justicia penal serían casi impracticables.

III

Al principio de este informe decía el infrascripto que la práctica uniforme de los Jueces y Fiscales del país concordaba con los procedimientos seguidos en el Juzgado á cargo del suscrito. Y efectivamente es así, según se demuestra en seguida. El ex Juez de Instrucción doctor Furriol, expresaba en un auto en que mantenía brillantemente la misma práctica procesal y la misma doctrina que ahora le toca sostener al infrascripto, que «es menester hacer notar aún más que la reserva de nuestro procedimiento indagatorio es perfectamente lógica, porque responde al régimen adoptado por nuestra legislación procesal, inquisitorio en parte y en consecuencia con los caracteres propios del sistema: reservado, escrito y no contradictorio hasta cierto estado del sumario». El ex Fiscal del Crimen, doctor Aréchaga, en ese mismo proceso, y robusteciendo la doctrina desarrollada por aquel magistrado, se expresaba en los siguientes términos: «Puede fácilmente imaginarse que si al denunciado ó el inculpa-do por un delito debiera dársele audiencia ó intervención como parte en los procedimientos anteriores á su enjuiciamiento, todos los delinquentes eludirían las sanciones de la justicia y se procurarían la impunidad. Semejante medida implicaría hacer ilusoria la institución de la justicia penal para el castigo de los delitos, cuyos autores no fueran tomados en flagrante delito por la autoridad». Apelada la aludida resolución del Juez doctor Furriol, el entonces Juez del Crimen, doctor Montero Paullier, que era el que debía conocer de la alzada, confirmó en todas sus partes la decisión apelada. Y refiriéndose á la *pesquisa secreta*, que era el principal argumento que se hacía contra los procedimientos usados (como es también el que se hace actualmente), aquel magistrado decía: «que la *pesquisa secreta* que prohíbe la Constitución, como hoy la prohíben casi todas las legislaciones de los países cultos, es la que se hacía por las crueles é inhumanas justicias de un pasado lejano, sin dejar rastro ni tener expresión alguna en los procesos, y que sin embargo servían para llegar á condenaciones infamantes y monstruosas sin más base que el prejuicio, el capricho, la manía sanguinaria ó la arbitrariedad; que

esa justicia era la que hacían los monarcas despóticos con sus esbirros y cortesanos y sus cartas de *cachet*, como era también la que inventó y generalizó la intransigencia religiosa para llenar sus calabozos y alimentar sus hogueras, pero es justicia que ya no tiene cabida fuera de las sociedades semi bárbaras. Los antecedentes de este debate, y que se dejan transcritos parcialmente, se encuentran en un proceso archivado en el Juzgado á cargo del que suscribe (fs. 105 vta. á 132). Esto concuerda exactamente con las ideas jurídicas del codificador doctor Laudelino Vázquez, cuyas palabras se transcriben fielmente á continuación: «Nuestra Constitución prohíbe las *pesquisas secretas* (artículo 115); pero los actos de un funcionario judicial en ejercicio de un ministerio no tienen aquel carácter. La *pesquisa secreta* la constituye una averiguación sigilosa y oculta que no deja constancia de sus actos, procediendo en el misterio, sin someterse á formas ni garantías que establezcan ninguna presunción de verdad á sus procedimientos y que, por el contrario, es sospechosa desde luego por los medios empleados en la indagación. El indecoroso espionaje es la base, generalmente, de ese género de *pesquisas*, que con motivos sobrados se rechazan; sumarios, como malamente se llaman hechos de *commande*, cuando revisten alguna forma, que por lo mismo no pueden tener importancia alguna ante la razón ni la ley». («Cuestiones Prácticas», página. .). Lo que ha abolido el artículo 115 de la Constitución es el procedimiento genuinamente de *oficio* y la *pesquisa* que sustituyen en otros tiempos en España á la forma acusadora en los juicios criminales. Tanto la persecución de *oficio* como la *pesquisa* eran completamente arbitrarias y eran realizadas por agentes del Rey ó por funcionarios especiales llamados *pesquisadores*, que tenían mandato del monarca para castigar en su nombre. «Los *pesquisadores* estaban también revestidos de un poder muy extenso y muy arbitrario; hallábase expuestos á abusar de él, así como de todo poder ejercido en las sombras». Tal fué el sistema desenvuelto por las Leyes de Estilo y las Partidas y «esta es la doctrina con que se armó más adelante la Inquisición en sus procedimientos contra los herejes: no la inventó, pues, ese tribunal; su germen estaba depositado en las Partidas». («Historia del Derecho Penal de España», Alberto Du Boys—páginas 197 á 201). El precepto constitucional no ha suprimido, pues, sino ese espionaje vil que era el procedimiento regular en la metrópoli en tiempos del absolutismo. Los doctores Mendoza Durán, Martí y Pérez Maggiolo que han acompañado al infrascripto como Fiscales del Crimen en las causas que han tramitado por el Juzgado que desempeña el que suscribe, no sólo no han formulado nunca ninguna objeción contra el procedimiento indagatorio seguido, sino que,—por el contrario,—siempre estos magistrados se han adelantado al suscripto para refutar las oposiciones ilegales é injustificadas hechas por algunos interesados. El infrascripto hace esta afirmación teniendo á la vista las piezas de autos relativas. Finalmente, debe hacerse constar igualmente que las querellas con fines de *chantage* ó de extorsión, difícilmente pueden prosperar, porque antes de encarcelarse á una persona, se estudia fríamente y con la mayor prolijidad la prueba acumulada en el expediente, facilitándose al querellado todos los medios á fin de que indique y produzca sus pruebas de inocencia. Lo expuesto, es cuanto debo informar á V. E., á quien Dios guarde muchos años.

Arturo Lapoujade,
Juez de Instrucción de 2.º Turno.

INFORME DEL SEÑOR JUEZ LETRADO DE INSTRUCCIÓN DE 3.º TURNO

Excmo. Alta Corte de Justicia:

El Juez que suscribe, evacuando el informe ordenado, ante V. E. expone:

I

Que en el Juzgado á su cargo no se tramita ni se ha tramitado ningún asunto que constituya «*pesquisas secretas*» y que haya podido dar margen á las denuncias del diario acompañado.

II

Que está en un todo de acuerdo con lo expresado en los anteriores informes de los señores Jueces de Instrucción de 1.º y 2.º turno, basados, como así lo demuestran en las disposiciones de nuestro Código de Instrucción Criminal, y haciéndose notar además en ellos que la misma jurisprudencia é interpretación legal ha sido aceptada y puesta en práctica por los dignos Magistrados doctores Bastos, Aréchaga, Vázquez, Piñeyro y otros. De manera que considera innecesario repetir á la Excmo. Corte los bien fundados argumentos ya expuestos, por los que se demuestra lo perfectamente legal que son los procedimientos previos que puede efectuar el Magistrado para comprobar ó robustecer la existencia de la semiplena prueba indispensable, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 44, 45 y 188 del Código citado, que á juicio del suscripto son suficientemente claros y terminantes y no se prestan á ninguna interpretación dudosa.

III

Sin embargo, además de lo manifestado, el suscripto se permitirá exponer á V. E. la cuestión bajo otra faz, resultante naturalmente de lo anterior.

Presentado un escrito de querrela ó de denuncia contra una persona, y una vez ratificada y aceptada en forma, ¿qué cabe disponer? ¿Decretar la prisión del imputado de inmediato? Imposible, porque no se tiene la semiplena prueba del delito ni se trata de un hecho infraganti. ¿Darle intervención? ¿En qué forma? ¿A qué título? Conferirle traslado con las ritualidades legales, no es posible,—primeramente porque este procedimiento no cabe en las prescripciones del Código de Instrucción y desnaturalizaría por completo el juicio criminal;—segundo, porque se pondría en sus manos una defensa anticipada y legalmente fuera de lugar desde que «no es parte» en el asunto;—y tercero, porque también se le facilitaría la prolongación y demora del juicio por tiempo indeterminado, y los medios de hacer ilusoria la acción de la justicia y los derechos del querellante, ya sea fugando, destruyendo los elementos de prueba ó preparándola maliciosamente, etc. Y nótese que una de las mayores dificultades para oír al imputado, está en que como se ha dicho, éste «no es aún parte» en el asunto, pues es elemental que según nuestro Código de Instrucción, la jurisprudencia establecida y las doctrinas más recibidas, en los juicios criminales «no existen más partes» que el «*acusado*» y el «*acusador*», ya sea público ó particular.

IV

Por otra parte, el procedimiento establecido no puede calificarse de «pesquisa secreta», porque siempre se recibe declaración al imputado, previamente, de manera, que se le da conocimiento del asunto, de lo que se trata y de las inculpaciones que se le hacen.

V

En este Juzgado, y seguramente en todos los demás, se presentan frecuentemente denuncias de hechos delictuosos, ya sea por la Policía ó por particulares damnificados, con falta de la semiplena prueba necesaria para iniciar procedimiento directo contra determinada persona;—¿y sería legal, moral y muy beneficioso para el orden público y la Administración de Justicia, Excmo. Señor, que los Magistrados, en vez de iniciar las medidas que prescriben los artículos 44, 45 y 188 citados, se cruzaran de brazos, mandando archivar las actuaciones ó retenerlas hasta tanto se les pusiera encima de la mesa de su despacho la semiplena prueba indispensable?—Esto último es lo que parece desprenderse de la doctrina sostenida por el articulista.

VI

Para concluir, Excmo. Señor, presentaré á V. E. un caso ocurrido hace pocos días en este Juzgado, en presencia del cual, ese Alto Cuerpo apreciará si es ó no justificada y lógica la opinión que sostenemos.

El señor N. N., fuerte comerciante de esta ciudad, denuncia al Juzgado que su cajero ha desaparecido, llevándose según cree la suma de cincuenta y dos mil pesos, procedentes veinte mil de ellos de un cheque que había hecho efectivo el día anterior en el Banco de la República, pide que se tomen las medidas del caso para su captura y que al efecto se solicite de quien corresponda la prisión preventiva y después la extradición de su ex cajero, pues presume que éste ha huído fuera del país. El suscripto, como era natural, inició las averiguaciones del caso, pidiendo informes á la Jefatura, á varios Bancos y tomando declaración á dos ó tres testigos,—y considerando que se había constituido la semiplena prueba del hecho denunciado, dictó la orden de arresto correspondiente, pidió la prisión preventiva por intermedio de V. E. y se dispuso á gestionar después la extradición;—y cree haber procedido correcta y legalmente.—Sin embargo, adoptando las doctrinas *sui-generis* del articulista, el infrascripto debió despedir de inmediato al denunciante y decretar un «no ha lugar» á sus pretensiones, puesto que no podía darle intervención, confiándole traslado ó vista, al imputado, á quien seguramente no iba á traer la víctima, á estar á derecho en el expediente iniciado. Y este ejemplo, facilita además otro argumento favorable á la tesis sostenida,—en cuanto se refiere á la prisión preventiva y extradición: éstas, según los tratados vigentes exigen ciertos requisitos, entre ellos la orden de prisión en forma, la cual, como se ha demostrado, es imposible dictarla en la mayoría de los casos sin la práctica previa de ciertas diligencias, no bastando para iniciar las gestiones diplomáticas una simple querrela, denuncia ó imputación;—así es que coartada la acción del Magistrado para efectuar tales diligencias, nunca se podría llegar á solicitar la extradición de un delincuente que huiera al extranjero después de cometer el delito, haciéndose ilusorias é inocuas

las ventajas que nos ofrecen los Tratados celebrados con los otros países,—y quedando por nuestra parte obligados á su cumplimiento, con lo que desaparecería por completo la reciprocidad.

Dejando así evacuado el informe dispuesto, tengo el honor de devolver estos antecedentes á V. E., á quien Dios guarde muchos años.

Constancio Bocage,

Juez de Instrucción de 3.º Turno.

VISTA DEL SEÑOR FISCAL DE CORTE

Excmo. Corte:

La cuestión de que se trata en el presente caso, puede exponerse de la siguiente manera: se afirma, por una parte, que los Jueces de Instrucción violan la Constitución de la República, haciendo investigaciones secretas, sin conocimiento del presunto inculcado, y obteniendo así, la semiplena prueba que los autoriza para dictar orden de prisión contra éste.—Se sostiene, por la otra, que tal procedimiento está de perfecto acuerdo con la más estricta legalidad, porque la audiencia ó intervención del imputado no es preceptiva antes de que él tenga la calidad de prevenido.

Depende la solución de esta divergencia, del alcance que haya de dársele al artículo 115 de la Constitución, cuyo tenor es como sigue: «Todo juicio criminal empezará por acusación de parte ó del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas».

Para saber á qué procedimientos se refiere el precepto constitucional citado, es útil transcribir lo que exponen algunos autores sobre el particular.

Refiriéndose al sistema francés anterior á 1789 dice Dalloz: «El procedimiento criminal tendía á ser cada vez más secreto. Los jueces se habituaron poco á poco á juzgar por los procesos verbales de encuesta, sin hacer citar ante ellos los testigos oídos por comisión.—Las partes, á medida que dejaban de ser acusadoras, para quedar reducidas á simples denunciante, eran cada vez más extrañas á los actos de instrucción, que se concentró poco á poco en las manos del Juez y acabó por sustraerse enteramente á toda publicidad».

Y en cuanto al Código de Instrucción Criminal francés dice el mismo autor: «No es sino después de la acusación y del interrogatorio del acusado en la casa de justicia, que el procedimiento y la instrucción cesan de ser secretos, salvo el derecho acordado al prevenido por el artículo 217 de presentar una memoria ante las Cámaras de Acusación.—Hasta aquí, toda comunicación del procedimiento criminal, sea al acusado ó á su defensor, está absolutamente prohibida.—En Francia, en efecto, el procedimiento criminal ha sido siempre secreto.—La ordenanza de 1670, título 6, artículo 15, conforme en este punto con la legislación precedente, prohibía á los actuarios, bajo pena de interdicción y cien libras de multa, comunicar á los acusados las piezas del proceso».

La Revolución francesa, á pesar de su radicalismo, no llegó á suprimir de una manera absoluta el secreto en los procedimientos criminales.—El decreto del 8 de octubre, 3 de noviembre de 1789, establece en su artículo 6 que, «la información que precederá al decreto (de arresto) continuará haciéndose secretamente, pero en presencia de dos adjuntos ó suplentes (*adjoints*) que

serán llamados al mismo tiempo por el Juez y que asistirán a la declaración de los testigos. (Palabras, *Instruction Criminelle*, números 11 y 1271 y página 23.

Comentando la ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en España, cuyo artículo 302 permite al Juez instructor autorizar al procesado para que tome conocimiento de las actuaciones en casos determinados, dice Reus: «Lo dispuesto en este artículo no tiene precedente en nuestra legislación; hasta la publicación de la ley que anotamos, el único sistema en que se fundaban nuestras leyes para la instrucción del sumario era el inquisitorio, y con los principios de éste, no podía darse lugar en ningún caso á que se enterara el procesado de ninguna de las diligencias que se practicaban en tal período del proceso y mucho menos de todas las actuaciones». (Tomo I, página 210).

Es indudable, pues, que las pesquisas secretas que existían en la legislación antigua y especialmente en la que nos regía, así como las que existen en algunas legislaciones modernas según se verá más adelante, se verificaban dentro del sumario.—Ahora bien: las pesquisas que han dado lugar á la denuncia de que se trata, no son sumariales, sino presumariales, como lo dicen y lo demuestran los Jueces de Instrucción en sus informes.

Aún dentro de la misma Constitución, se distingue claramente lo que constituye propiamente el sumario y lo que no puede considerarse sino como diligencias previas al mismo.—El artículo 114 dispone que «en cualquiera de los casos del artículo anterior (aquellos en que procede legalmente la prisión) el Juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, *empezará el sumario* examinando á los testigos á presencia del acusado y de su defensor, quien asistirá igualmente á la declaración y confesión de sus protegidos».

No hay, pues, sumario, según la Constitución, sino después que el presunto reo ha sido arrestado y ha prestado su declaración; antes de haber sido aprehendido, las diligencias que se practiquen y que han de constituir la semiplena prueba requerida por el artículo 113, son, por consiguiente, presumariales. Dada la diferencia expuesta y atendiendo á que las pesquisas secretas autorizadas por la legislación que nos regía, tenían lugar dentro del sumario, claro es que debe concluirse que el artículo 115, al abolirlas, no ha podido referirse más que á ellas y que, por lo tanto, su precepto no alcanza á las pesquisas que se verifican antes del sumario judicial, como la que ha dado origen á la presente denuncia. Esto debe ser tanto más admisible, cuanto que la interpretación extensiva del artículo 115 conduce á resultados que razonablemente son contrarios á los propósitos del legislador.

Ya han dicho los Jueces de Instrucción en sus informes, que la audiencia forzosa del presunto delincuente en las diligencias presumariales, sería una medida que conduciría á la impunidad de los delitos, pues el culpable, en conocimiento, antes de haber sido aprehendido, de todas las actuaciones pendientes á la averiguación del delito y sus autores, podría fácilmente burlar la acción de la justicia.

Entendido el artículo 115 en el sentido de que su alcance es ilimitado, esto es, que comprende aún las pesquisas presumariales, no habría razón para no extenderlo también á las investigaciones que practica la policía, puesto que ellas se hacen secretamente y pueden servir de base para la instrucción del sumario.

En realidad, del punto de vista práctico, como del de los principios, dentro de la opinión que considera inconstitucionales las pesquisas en el caso de la presente denuncia, tanto da que la investigación sigilosa que ha de practicarse sin audiencia del presunto culpable se haga por la policía, como que sea el Juez de Instrucción quien la verifique, puesto que en uno ó otro caso, por ella puede obtenerse la semiplena prueba y consiguientemente dictarse la orden de prisión.

Pero, hay más aún: el artículo 6 de la ley de 27 de mayo de 1896, dice que, «para el mejor desempeño de sus funciones, los Jueces de Instrucción podrán solicitar directamente el auxilio de la policía, la cual está obligada á poner bajo sus inmediatas órdenes los agentes que fueran necesarios para el descubrimiento de los delitos y de sus autores. Nadie puede pensar seriamente que estas pesquisas realizadas por la policía bajo las órdenes del Juez para el descubrimiento de los autores, deban hacerse públicamente y con audiencia del presunto delincuente. Y como no es posible admitir que todas estas investigaciones, previas al sumario y de carácter secreto, son inconstitucionales, forzoso es concluir que el artículo 115 debe entenderse en el sentido restrictivo en que se aplica por los Jueces de Instrucción. Adviértase, por lo demás, que, si bien de acuerdo con el artículo 144 del Código de Instrucción Criminal y 4 de la ley de 27 de mayo de 1896, la Policía inicia sus pesquisas sólo tratándose de delitos que tengan carácter público, el artículo 6 de ésta última ley, al facultar á los Jueces para que soliciten el auxilio de la Policía á fin de descubrir los delitos y sus autores, comprende y debe comprender toda clase de delitos, incluso los de carácter privado, siempre que, en este último caso, medie denuncia de la parte ofendida. Restringidas las pesquisas secretas ó las diligencias presumariales y en cuanto sea necesario para obtener la semiplena prueba y, por lo tanto, poder dictar orden de prisión contra el presunto culpable, no puede, pues, decirse que hay violación de las garantías constitucionales. Es posible, sin embargo, que el Juez abuse de ese medio de investigación y prosiga las pesquisas secretas aún después de obtenida la semiplena prueba, bastante para la prisión del supuesto delincuente; pero este abuso, que sería siempre censurable, no podría nunca producir la consecuencia de acumular pruebas válidas para condenar al procesado.

Las pesquisas secretas presumariales, sólo son admisibles, como queda dicho, para obtener la semiplena prueba y aprehender al delincuente; pero de ningún modo pueden servir de fundamento para pronunciar sentencia condenatoria, precisamente por haber tenido lugar fuera del sumario; su valor es análogo al de las indagatorias ó partes administrativas á que se refiere el artículo 144 del Código de Instrucción Criminal. Esto mismo parece resultar del tantas veces citado artículo 115, puesto que él establece la abolición de las pesquisas secretas, no de una manera aislada, sin relación con ningún otro precepto, sino inmediatamente después de decir, dentro del mismo artículo, que todo juicio criminal empezará por acusación de parte ó del acusador público; de modo, pues, que las pesquisas secretas no pueden servir de base para la acusación, y, por consiguiente, tampoco debe tomarlas en cuenta la sentencia. Nuestra legislación, á este respecto, aún interpretada de acuerdo con las prácticas seguidas por los Jueces de Instrucción Criminal, es muy superior á la de otros países. Así, en Francia, según queda dicho, es regla clásica la del secreto en el procedimiento criminal. Las reformas que sobre este particular

han querido sancionarse allí no ofrecen mayores garantías que las que acuerda nuestra legislación procesal. (Carpentier, palabras *Instruction Criminelle*, número 25).

Según el Código de Procedimiento Penal italiano, artículo 96: es prohibido á los oficiales que intervienen en los actos de instrucción, revelar su contenido bajo pena de suspensión en sus funciones, la cual podrá extenderse á un año, y aún de destitución, según los casos.

El Código de Procedimientos en lo criminal promulgado en la República Argentina, establece en su artículo 180 que «el sumario es secreto y no se admiten en él debates ni defensas». El artículo 1575 del Código de Procedimientos de Honduras, vigente desde el 15 de septiembre de 1899, dice que: «Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio plenario, con las excepciones determinadas en el presente libro». —El Proyecto de Garofalo y Carelli, obra de las más avanzadas en la legislación del procedimiento penal, mantiene el secreto en las primeras diligencias del sumario. «El primer período, dicen los autores citados, es secreto; el Juez instructor recoge los elementos de la instrucción, sea en favor, sea en contra del prevenido, fuera de la presencia de las partes... Sólo en aquellos actos cuya repetición es imposible y que están destinados, por la necesidad de las cosas, á quedar inalterables en el debate público, es que se admite la presencia y el control de las partes» (página CCLII). Ocupándose del sistema inglés, dicen los autores citados que en él «no va ciertamente el acusador sin preparación al examen contradictorio (*Cross examination*); pero reúne sus elementos de acusación gracias á los Agentes secretos; sin hablar de las astucias y celadas en las demandas que han hecho tan célebres á los abogados ingleses. Esto, por lo demás es inevitable si se quiere que los delitos se descubran y los malhechores no queden impunes».

Antes de concluir su dictamen, cree útil este Ministerio transcribir los siguientes párrafos de los mismos autores italianos:

«Pero la cuestión debe ser considerada bajo el aspecto práctico, desde el punto de vista de los inconvenientes que presentan los dos sistemas contrarios, el de la publicidad y el del completo secreto instructorio. Y aún en este terreno, hace camino la exageración; se imaginan inconvenientes posibles, los cuales después no se producen en la práctica, y se exagera el rigor de los sistemas, presentando el de la publicidad, como un debate público anticipado, y el otro del procedimiento secreto, como una repetición del viejo sistema inquisitorio. Sin embargo, ninguno tal vez de los que sostienen el secreto de la instrucción preparatoria admitiría completamente en la práctica el sistema defendido por el ilustre Mittermayer, de que la prueba contra el prevenido debe ser publicada sólo después de haber sido éste acusado y enviado á juicio.

«Ni los que piensan seriamente en la publicidad de la instrucción preparatoria pueden desear que en todos los Estados, para todos los actos y contra todos los prevenidos, el Juez instructor deba proceder á practicar la instrucción en presencia de todos. Los escritores serios, convienen todos en afirmar que un cierto secreto es necesario en el período de instrucción preparatoria, y que debe concederse una cierta publicidad, para que el prevenido pueda, antes del debate público, defenderse y probar su propia inocencia.

«... el secreto, dice Nypels, puede, en algunas circunstancias, presentar inconvenientes y aún peligros mo-

mentáneos para el prevenido; pero la admisibilidad del público en los primeros actos instructorios, crearía peligros permanentes para la sociedad y mucho más importantes. El inculcado, si es inocente, puede quedar privado temporalmente de su libertad. La sociedad obstaculizada en sus investigaciones por la publicidad, puede encontrarse desarmada frente á un gran culpable... La publicidad del despacho del Juez de Instrucción pudiendo entrar á él el abogado con sus oidores, con su público, sería el desorden y la confusión; sería la impunidad concedida á los grandes delincuentes» (Garofalo—E. Carelli, *Riforma della procedura penale*, Introducción).

En conclusión, este Ministerio opina que la presente denuncia no es fundada, y que, por lo tanto, no corresponde dictar ninguna medida disciplinaria contra los Jueces denunciados.

Montevideo, octubre 14 de 1908.

ALVARO GUILLOT.

RESOLUCIÓN DE LA ALTA CORTE DE JUSTICIA

Vistos: Con el señor Fiscal, téngase su dictamen por resolución, publíquese y archívese.

GARZÓN—PIERA—CUÑARRO—
ROMEU BURGÜÉS — BASTOS.

J. Cubiló,
Secretario

JURISPRUDENCIA

Las sucesiones cuyos causantes hayan muerto antes de la ley de agosto de 1893, con arreglo á las leyes anteriores de junio de 1837 y abril de 1857, deben pagar impuesto de extracción sobre el precio de tasación de los bienes en el juicio sucesorio correspondiente, y no sobre el producto de las ventas de los mismos bienes.

ESCRITO INICIAL DE LA CUESTIÓN

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Que los causantes de estas sucesiones, que residían en el extranjero, fallecieron respectivamente en los años 1853 y 1867 y sus herederos, á excepción de dos, también residían en el extranjero al tiempo del fallecimiento de aquéllos y estaban sujetos, por consiguiente, al pago del impuesto de extracción de sus respectivas cuotas hereditarias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la ley de 16 de junio de 1837, y artículo 8.º de la ley 8 de abril de 1857, siempre que la herencia ó sus productos hubieran de salir del país.

La mayoría de los herederos residentes en el extranjero, desde cuarenta años atrás, hasta la fecha, han venido haciendo cesiones de derechos y permutas de su porción hereditaria, por precios que han variado desde seis hasta

veintidós pesos la hectárea del campo hereditario. Ateniéndonos á lo que dispone el citado artículo 2.º de la ley 16 de junio de 1837 que textualmente dice: «Todos los bienes ó sus productos, que por título de herencia hayan de salir del país para reinos extranjeros, siendo los herederos ascendientes ó descendientes, pagarán un diez por ciento», y el artículo 8.º de la ley 8 de abril de 1857 que establece el once por ciento para las herencias que hubieren de salir del país; y partiendo de lo dispuesto por las leyes citadas, nuestros representados estarían obligados á pagar el impuesto sobre el valor que les representó la venta ó permuta de sus derechos á la herencia, puesto que éste era el producto, para ellos, de dicha herencia y era lo único, también, que ellos *extraían* para, como dice la ley, «reinos extranjeros», lo demás, aunque más valiera, no se extraía y no debía pagar impuesto, pero esta extracción de herencia que hicieron nuestros representados, no obstante ser legal, no estaba sujeta á ningún control y, por consiguiente, pudo perjudicar los intereses fiscales, y no debe tomarse como base á los efectos del pago del impuesto.

¿Por qué razón no debe tomarse en cuenta el importe ó producto que obtuvieron y extrajeron de la herencia nuestros representados, para países extranjeros? Por varias razones. Veamos:

1.º Porque cuando hicieron las cesiones de derechos á ra herencia, no se había practicado inventario de la herencia dejada por sus causantes y, por consiguiente, á os efectos del pago del impuesto, no estaba fijado el monto sobre el cual debía recaer el porcentaje del impuesto.

2.º Porque los cesionarios que los representaban en todos sus derechos y obligaciones no se habían desprendido de la herencia á ningún título y seguían, por consiguiente, con la obligación que aquéllos tenían de pagar el impuesto cuando la cuota hereditaria perdiera este carácter, pasando por título singular á propiedad definitiva de terceros sin más intervención en la herencia, y

3.º Porque leyes posteriores á las de 16 de junio de 1837 y 8 de abril de 1857 establecieron reglas fijas y definitivas para la percepción del impuesto de extracción, á las cuales quedaban obligados todos los herederos que hubieran de extraer herencias para el extranjero. En efecto. Por los decretos de 28 de mayo de 1838 y 19 de enero de 1876 que reglamentaban las leyes de 1837 y 1857 antes citadas, se obligaba á la facción de inventario de los bienes sujetos al impuesto de extracción y herencias transversales, de manera que el monto del impuesto debía ser pagado bajo aquella formalidad para no eludir el pago de parte de ellos, por las deficiencias de las precauciones adoptadas en relación á lo dispuesto en las leyes de 1837 y 1857 que no fijaban reglas ningunas de procedimiento para la percepción.

De manera, pues, que las herencias sujetas al pago del impuesto de extracción quedaban, de acuerdo con los decretos de 28 de mayo de 1838 y 19 de enero de 1876, sujetas á lo que resultase del inventario y tasación de los bienes de las mismas y, por consiguiente, el precio obtenido por los herederos en las ventas de sus derechos á la herencia, no se podía tener por base á los efectos del pago del impuesto, desde que había sido obtenido sin previo inventario que justificara ampliamente el valor de dicha herencia, aún cuando fuera el valor real y único que representaba la venta en los tiempos en que se efectuó.

El inventario y liquidación final de estas sucesiones han efectuado, el primero en 1905 y la segunda en

1908. Siendo esto así, como efectivamente es, (véase *forjas...*) preguntamos: ¿cuáles son las leyes que debemos observar ó que nos rigen desde las fechas del inventario y partición de la herencia?

Si el inventario y partición fueron hechos en 1905 y 1908, lo legal y justo es que debemos estar y estamos bajo el imperio de la ley de 30 de agosto de 1893, porque esta ley en su artículo 50 deroga expresamente las leyes de 16 de junio de 1837 y 8 de abril de 1857 y todas las demás que se le opongan á cualquiera de sus disposiciones, y dispone en su artículo 49, inciso 2.º que: «Las disposiciones de mero procedimiento de los artículos 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 38, 39, 40, 41 y 42, serán también aplicables á todas las sucesiones no liquidadas definitivamente, cuyos causantes hayan muerto antes de promulgarse la presente ley (30 de agosto de 1893) las que se registrarán en cuanto al pago del impuesto de herencias y derechos de extracción por lo que al respecto establece la legislación anterior». Esta última parte después de aplicarse á las sucesiones no liquidadas (con anterioridad á la ley transcrita) los artículos citados sólo se refieren al porcentaje aplicable del impuesto y la obligación de pagar sólo cuando se efectuaba la extracción del producto de la herencia.

Ahora bien, si, como queda demostrado, estas sucesiones nacidas antes de la ley de 30 de agosto de 1893 y liquidadas después de esta fecha, están sujetas á lo que esta ley dispone de acuerdo con las transcripciones que dejamos hechas, es evidente, es incontrovertible que el impuesto debe pagarse arreglado al monto del valor que arroja el inventario hecho con todas las solemnidades que la misma ley de 30 de agosto de 1893 prescribe, cuyo inventario ha sido debidamente aprobado con intervención del señor Fiscal de Hacienda.

Si los herederos, por razón de no valer más los campos en la época en que hicieron las ventas de sus derechos á la herencia, no extrajeron más que el importe que se determina en cada escritura, no por esto deben perjudicarse los intereses fiscales, por la poderosa razón de que, cuando efectuaron las ventas y extrajeron su importe no se había fijado—por el inventario y tasación—el valor definitivo que representaban los bienes sujetos al pago del impuesto de extracción. Precisamente para evitar estas mermas en la percepción de dicho impuesto es que el artículo 23 de la ley de 30 de agosto de 1893, aplicable según lo dispone el artículo 49 de la misma ley, dice: «En los casos de cesión de derechos hereditarios, en los que aún no se conozca la importancia de los derechos ó bienes cedidos, se pagará el impuesto tomando como base el precio de la cesión y la calidad del heredero, sin perjuicio de quedar afectados los bienes y obligado el cesionario al pago del saldo del impuesto, una vez que se practique la liquidación definitiva de la sucesión». Según este artículo de la ley, el cesionario estaría obligado á complementar el pago que no hubiera efectuado al tiempo de la cesión, siempre que después de terminada y liquidada la sucesión quisiera el tal cesionario realizar definitivamente los bienes pasándolos por venta ó, mejor dicho, haciendo desaparecer su calidad de heredero ó causahabiente de éste, para entregarlos en propiedad definitiva á terceras personas, cuya venta podría hacer por el precio más ínfimo sin que los intereses fiscales se perjudicasen en lo más mínimo, puesto que el Fisco no estaría obligado á pasar por aquel precio, sino por lo que resultase del avalúo dado á los bienes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 30 de agosto de 1893, mandado aplicar por el artículo 49 de la misma ley.

De manera, pues, que determinando el artículo 2.º de la ley de 16 de junio de 1837 y 8.º de la ley 8 de abril de 1857 que se debe el impuesto cuando los bienes hayan de salir del país, ó sea cuando por operaciones del comercio el heredero ó su cesionario, que lo representa en todos sus derechos y obligaciones, ha cesado en su calidad de tal por haberse liquidado totalmente la herencia, pasando los bienes que la componían á propiedad definitiva de terceras personas, es cuando se debe pagar dicho impuesto, puesto que es también cuando se presume lógicamente que el valor se extrae, porque ya nada tienen que ver con la sucesión terminada.

Deben, pues, pagar el impuesto de extracción todos los herederos de estas sucesiones que traten de vender sus porciones hereditarias á terceras personas, encontrándose en el mismo caso todos los cesionarios de aquellos mismos herederos que traten de realizar ventas definitivas.

Por todos los fundamentos que dejamos expuestos, nos permitimos formular la liquidación que á continuación detallamos, á efecto de que se tenga en cuenta, una vez aprobada, para el pago del impuesto de extracción que corresponde á cada heredero, causahabiente ó cesionario, siempre que por venta de su cuota hereditaria pierda este carácter.

VISTA FISCAL

Señor Juez:

Este Ministerio ha hecho un detenido estudio de estos autos y considera aceptable el temperamento propuesto por los interesados en este caso.

Puede V. S. en consecuencia proveer de conformidad á lo solicitado tanto en lo principal como en el primer otroso, en vista del escrito que precede, y disponer que se comunique á quienes corresponda.

Montevideo, noviembre 17 de 1908.

Juan Gil.

RESOLUCIÓN

Vistos: De conformidad de los interesados y del Ministerio Fiscal:

A lo principal: apruébase en cuanto haya lugar por derecho la liquidación de que se trata, y en su mérito diríjanse las comunicaciones del caso.

Montevideo, noviembre 17 de 1908.

Regules.

Solicitada por la esposa la separación judicial de bienes y producida la prueba pertinente, si quedase en el ánimo del Juez alguna duda, ella debe resolverse respetando el derecho más importante.

En el caso, el derecho de la esposa á la conservación de sus bienes es el más importante; por él, pues debe velar el Juez con preferencia.

Visto en primera instancia este juicio ordinario por separación de bienes, entablado por doña S. S. contra su esposo don N. N.,—

Resultando: que la parte actora, manifiesta en su escrito de demanda: que don N. N., administra malamente los bienes de la sociedad conyugal, poniendo en peligro los dotales, por lo que solicita que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1962 del Código Civil, se decreté judicialmente la separación de los bienes que corresponden á cada uno de los cónyuges, fundando la demanda en los hechos siguientes: abandono de la esposa por parte de su marido; necesidad para aquélla de vender bienes dotales para solventar deudas de su esposo; pretensión de éste de arrendar el capital dotal, consistente en un campo, por el término de ocho años, lo que pondría á la esposa en el caso de verse privada de recursos para satisfacer las obligaciones contraídas durante el tiempo del arrendamiento, y por último: que el género de vida que lleva el señor N., lo hace inepto para administrar los bienes de la sociedad conyugal;

Resultando: que llenadas por el Juzgado varias medidas para seguridad de los bienes de la esposa, se confirió el correspondiente traslado de la demanda, contestando el demandado en su escrito de fs. 27: que no es cierto que N. haya abandonado á su esposa, sino que ésta, debido á su mal carácter, ha tratado de retirarse aparentemente de él; que éste, si ha faltado temporariamente de su hogar, según el actor, sería por negocios ó por cualquier otra circunstancia de fuerza mayor, exigida por el carácter de sus ocupaciones; que es incierto igualmente que él haya dispuesto de bienes de su mujer para pagar deudas por él contraídas; que los únicos bienes de aquélla, según es público en el pueblo de P., no alcanzaban cuando se casó, á la suma de dos mil pesos, los que se han invertido en necesidades del hogar; que el marido está facultado para arrendar bienes de su mujer y que el pretendido arrendamiento del campo, de que habla el actor, no podría dar lugar á que su dueña se quedara sin él, dadas las garantías que para los bienes de las mujeres casadas prevé el artículo 1951 del Código Civil; que la separación de bienes de la sociedad conyugal, debe fundarse en causas más fundamentales que las aducidas en la defensa; que de hecho el señor N. jamás ha administrado bienes de su esposa, pues el único que ésta tiene, un campo heredado de su padre, está arrendado desde antes del fallecimiento del causante, y que los arrendamientos que correspondían á la esposa, los ha recibido la madre de ésta. Que por esas consideraciones y fundándose en el artículo 1962 del Código Civil, concluye pidiendo que se deseche la demanda con costas y costos;

Resultando: que presentados los escritos de réplica y réplica en los cuales las partes ratifican sus pretensiones y el acta de inútil tentativa de conciliación, se abrió la causa á prueba, produciendo el actor la que corre agregada de fs. 33 á fs. 62 consistente en las declaraciones de A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N y O; y el demandado, la que luco de fs. 63 á 65, consistente ella, en una certificación del Escribano Actuario y un acta de conciliación extendida por el Juez de Paz de la X sección de este Departamento;

Resultando: de la prueba presentada por el actor, que están plenamente probados los hechos siguientes:

1.º Que el señor N. ha hecho abandono de su esposa (declaraciones de fs. 36 vta., 40 y 45);

2.º Que ha dejado el pueblo de P. donde estaba domiciliado (declaración de fs. 36 vta., 38 vta., 40 y 41);

3.º Que con frecuencia se embriaga y á veces con escándalo público, por lo que ha tenido distintas entradas en la Comisaría (declaraciones de fs. 36 vta., 38 vta., 40 y 41);

4.º Que ha pretendido arrendar el campo de su esposa por varios años (declaraciones de fs. 33 y 41);

5.º Que la ha expulsado de su casa (declaración de fs. 45);

6.º Que le ha dado malos tratamientos (declaración de fs. 45);

7.º Que su esposa ha satisfecho deudas contraídas por él (declaración de fs. 43);

8.º Que en unas carreras, pretendió jugar el campo de ella (declaraciones de fs. 50 vta., 51 vta., 52 vta., 53 vta. y 54 vta.);

Resultando: que el demandado no ha producido prueba suficiente de las excepciones que ha opuesto.

Considerando: que apreciadas las declaraciones de los testigos que figuran en autos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que es la norma que indica la ley (artículo 403 del Código de Procedimiento Civil), el infrascripto, sin violencia alguna, ha llegado al convencimiento de que el señor N. ha sido un mal administrador de los bienes de su esposa; que continuando en manos de aquél, corren el riesgo de perderse, y que por tanto, se impone la liquidación de la sociedad conyugal.

En efecto; un marido que abandona el hogar, que pretende jugar el patrimonio de su esposa, que se embriaga con frecuencia hasta producir escándalo público, carece de las condiciones más elementales para administrar bienes, que como los de la sociedad conyugal, requieren, á falta de otros elementos efectivos de control, que el guardador de ellos inspire absoluta confianza.

Los bienes de la señora S., están en inminente peligro de perderse si no termina la sociedad que tiene con su esposo, porque en este matrimonio, se han roto sus vínculos naturales, la principal, por no decir la única garantía, por la cual el matrimonio deja de ser un contrato leonino;

Considerando: que aún cuando el señor N. no hubiera administrado ni bien ni mal los bienes de su esposa, como lo afirma en su alegato de bien probado, no por eso se puede sostener que, amparado en el artículo 1962 del Código Civil, le asiste el derecho de conservar la administración de los bienes dotales, porque según la interpretación racional de ese artículo, lo que se pretende por él, es defender los bienes de la esposa que estén en peligro, no sólo á consecuencia de una administración mala, ya ejercida, sino igualmente, de una futura, posiblemente mala;

Considerando: que dada la conducta irregular del señor N. la pertinacia de éste en mantener la administración de los bienes de su esposa, estando de hecho separado de ella y no existiendo por consiguiente entre dichos cónyuges los naturales afectos en virtud de los cuales una mujer puede confiar en su marido, debe presumirse lógicamente, que esa pertinacia no está inspirada en el deseo de que los bienes dotales prosperen en beneficio de la mujer, único fin legítimo que puede guiar á un marido consciente de sus deberes, al empeñarse en mantener la administración de esos bienes;

Considerando: que la circunstancia de que no se haya liquidado la sucesión de don J. R., padre de la demandante, no tiene fuerza alguna como argumento para demostrar, según lo pretende el demandado, que él no ha podido ejercer acto de administración sobre bienes de su esposa, pues sabido es, que sin necesidad de declaración judicial, la propiedad y la posesión de una herencia pasan de pleno derecho á los herederos del causante desde el fallecimiento de éste, pudiendo aquéllos

ó sus representantes legales, ejercer los actos de administración que derivan del dominio. (Artículos 1012, 1014 y concordantes del Código Civil);

Considerando: que si bien es cierto que el actor dejó de ofrecer la prueba de los hechos alegados en la demanda, como lo afirma el demandado, esto no quita valor alguno á la producida, porque la causa se abrió á prueba de oficio según el auto de f. 31 que fué consentido, procediéndose dentro de las facultades que á los Jueces acuerda el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil;

Considerando: que si bien es cierto, que arrendar un campo es acto de administración, en el caso *sub-judice*, y dadas las resultancias de estos autos, arrendar el campo de la señora S. por su esposo, es un acto de mala administración;

Considerando: que contra lo que afirma el demandado, la prueba producida por el actor se refiere á los hechos articulados en la demanda; pues debe tenerse en cuenta, que los hechos no se presentan siempre de una manera simple, y que si los testigos á quienes se interroga sobre los elementos ó partes de un hecho determinado, contestan, refiriéndose á esos elementos, han contestado igualmente al hecho principal constituido por ellos. El actor, para no poner sino un ejemplo, articuló en su demanda el siguiente hecho: que el demandado lleva una vida desarreglada.

Interrogados los testigos sobre este particular, unos afirman que se embriaga; otros, que ha abandonado á su esposa; éste, que le da malos tratos; esotro, que juega; aquél, que ha entrado varias veces á la policía en calidad de preso, etc.

Todos estos hechos declarados por los testigos, no son sino los elementos de un hecho principal, cuál es, el de que esa persona lleva una vida desarreglada. Por consiguiente, los testigos, han sido interrogados con respecto al hecho consignado en la demanda;

Considerando: que si las declaraciones de fs. 52 y 55 han sido recibidas fuera de término, como ellas han sido practicadas antes de alegarse de bien probado, sería necesario para anularlas, como lo pretende el demandado, que esa omisión fuera imputable á la parte, lo que no consta de autos. Pero aun en la hipótesis de que fueran desechadas por el Juzgado, el hecho á que se refieren no ha perdido su veracidad, pues está plenamente constatado por las declaraciones de f. 50 vta. y 51 vta.;

Considerando: que si quedara alguna duda sobre los hechos que el Juzgado da por suficientemente probados, ella debe resolverse respetando el derecho más importante. Por una parte, está el derecho de la esposa que reclama sus bienes, porque los cree en peligro, y por otra el del marido, que exige la administración de ellos, porque es marido.

En este supuesto conflicto, no hay duda alguna, que ante la ley, la justicia y la equidad, el derecho de la mujer es el más importante, y por tanto debe velarse por él con preferencia: 1.º porque siendo la mujer más débil que el hombre, requiere más protección que éste; 2.º porque el derecho de los propietarios con respecto á los bienes, prima sobre el de los administradores; de la propiedad deriva el derecho de administración; pero la administración, no es título de propiedad; 3.º porque la mujer, no tiene los recursos del hombre para luchar por la vida, por tanto debe salvársela los legítimos que tenga; 4.º porque en la intimidad del hogar, si la mujer no tiene confianza en su esposo, la protección de sus dere-

chos es muy limitada por la dificultad de ejercer un control eficiente en oposición á las exigencias de la potestad marital.

Por estos fundamentos, fallo: decretese la separación judicial de la sociedad conyugal de bienes que existe entre doña S. S. y su esposo don N. N., siendo de cargo de este último el pago de las costas y costos, y ejecutoriada la sentencia, cúmplase.

Treinta y Tres, noviembre 17 de 1908.

N. del Castillo.

Esta sentencia quedó ejecutoriada.

El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales. (ARTÍCULO 1 57 DEL CÓDIGO CIVIL).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: En primera instancia estos autos seguidos por el doctor N. contra doña M. F. de S. por cobro de pesos.—

Resultando: que la acción entablada versa sobre el cobro de la cantidad de dos mil trescientos pesos, en la que el actor aprecia el valor de los servicios profesionales-médicos, que ha prestado á la extinta doña L. G., de la cual es heredera la demandada—durante el lapso de tiempo transcurrido desde enero de 1903 hasta el 26 de diciembre de 1904, día en que ocurrió el fallecimiento de la enferma,—y que ella se funda en el supuesto de que la asistencia realizada, obligó al demandante á efectuar sesientas setenta y siete visitas ordinarias, en las cuales practicó igual número de curaciones; diez y ocho visitas extraordinarias de las cuales siete fueron hechas después de las doce de la noche, y once comprendieron todas las horas del día y de la noche, treinta y ocho intervenciones quirúrgicas, cuatrocientas veinticinco inyecciones hipodérmicas de eucodilato de soda, y además—á contar de fines del mes de agosto de 1903, en que se descubrió que la paciente tenía el vicio de la morfina, y á efecto de contrarrestar sus consecuencias—ciento setenta y seis inyecciones de hioxina y diónina; servicios todos requeridos indispensablemente, en razón de padecer la señorita de G. de una lesión ósea, en la columna vertebral, diagnosticada como enfermedad sacro-ilíaca, que exigía curaciones diarias é intervenciones quirúrgicas, á intervalos de quince días, para dar salida al pus que se formaba incesantemente á los lados de la columna vertebral, y las que fueron practicadas casi continuamente, pues no mediaron otras interrupciones, que las causadas por las cortas ausencias de la paciente, á quien cuando su mejoría se lo permitía, le prescribía la estancia en el campo, en virtud de lo cual fué varias veces á la estancia de su familia en el departamento de Soriano, en los meses de junio, julio, agosto y octubre de 1903 y mayo de 1904. (Escrito de f. 4).

Resultando: que la parte demandada se exceptuona, alegando en esencia que si bien es cierto que el actor ha prestado servicios médicos á la fallecida L. G., no

tiene derecho á cobrar el importe de otros que los efectuados desde el 23 de agosto de 1904, pues con anterioridad á esa fecha ya se habían pagado en oportunidad y completamente, todos los gastos causados por la dolencia que aquejaba á la extinta, incluso los honorarios del doctor N.—que en la imposibilidad de acreditar en forma la realidad del pago alegado, opone la excepción de prescripción, en razón de haberse ésta operado de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1197 número 3 del Código Civil,—y que los únicos servicios que después de dicha fecha ha efectuado el demandante no son ni aproximadamente los que él indica, pues lo real y positivo fué, que habiendo sido llamado y concurrido á las doce de la noche del precitado día 23 de agosto de 1904, continuó visitando á la enferma una vez cada dos días, hasta el 26 de noviembre, haciendo desde entonces en adelante y hasta el día del fallecimiento, dos visitas diarias, durante las cuales daba simples lavajes en la parte afectada y que es completamente inexacto que le haya aplicado el número crecido de inyecciones indicado en la demanda, pues si alguna vez fueron necesarias, se las aplicaba la misma enferma. (Escritos de f. 9 y f. 115).

Resultando: que este juicio fué iniciado, con fecha 20 de febrero del año próximo pasado (nota de f. 6) habiendo sido intentado el previo juicio de conciliación, el día 22 de diciembre de 1906 (Testimonio de f. 3);

Resultando: que la prueba producida por la parte actora, á fin de evidenciar la exactitud de los extremos en que funda su demanda, está constituida sustancialmente, es decir, en lo que dice relación á aquellos hechos, cuya realidad ha sido impugnada por la parte demandada, por las presunciones que fluyen:

a) del hecho de manifestar contestemente los facultativos doctores X. X. y Z. Z.—quienes acompañaron al actor en una operación que en 1902 practicó á la señorita L. G.—que ésta padecía de tuberculosis á la columna vertebral, enfermedad vulgarmente llamada Mal de Pott, con trayectos fistulosos que dejaban salir cantidad muy considerable de pus, y que, en razón de ser una enfermedad excesivamente dolorosa y de tratarse de una paciente sumamente nerviosa, se hacía necesario la continuidad de la asistencia, por lo menos diariamente, requiriéndose además, prolongadas curaciones también diarias en la parte lesionada (Declaraciones de f. 38 vta. y f. 41); y b) de la circunstancia de figurar en el libro recetario de la Farmacia las recetas expedidas por el doctor N. y despachadas por dicha farmacia en los años 1903 y 1904, testimoniadas á f. 29 v. y siguientes, y las cuales á estar á la manifestación de la persona que se encontraba al frente del establecimiento en la citada época, fueron en su mayoría despachadas con destino á la casa de la demandada. (Declaración de f. 61 y f. 62);

Resultando: que las presunciones derivadas del testimonio conteste de los doctores X. X. y Z. Z., son insuficientes para, en su mérito, dar por sentado, que la asistencia prestada por el demandante á L. G., ha sido continuada y diaria, en razón de estar contrarrestado su valor probatorio por el hecho confesado por el actor, de haber pasado la enferma varias temporadas en su estancia por haberle así permitido la mejoría que en sus dolencias había experimentado y por más que entendiéese el doctor N. que aún su mal no estaba completamente curado, (escrito de demanda y contestación á la 6.ª pregunta del interrogatorio de f. 84) y en virtud también de haber añaído con frecuencia la señorita de G., mientras duró su enfermedad, en paseos y diversiones. (Declaraciones de f. 53 y f. 54 v. y con-

testación á la 11.ª pregunta del citado interrogatorio de f. 84);

Resultando: que los indicios que surgen de la circunstancia de haberse formulado por el doctor N., despachado por la Farmacia..., con destino en su mayoría á la casa de la demandante, las recetas testimoniadas á f. 29 vuelta, no comprueban ni aproximadamente que el primero haya practicado en el caso todos los servicios médicos que enumera en su demanda, siendo de observar á ese respecto:

1.º Que entre dichas recetas no figura ninguna que contenga hioxina ni dionina;

2.º Que la cantidad de cacodilato de soda recetada para inyecciones hipodérmicas, sólo podría alcanzar para efectuar una mínima parte de las inyecciones que se dicen verificadas, y que si bien figura en el recetario de la Farmacia de B., una receta de ese género, formulada por el doctor N. (testimonio de f. 29) la cual, según se asegura, fué repetida muchas veces, no se ha comprobado que ella fuera utilizada en hacer inyecciones á L. G., existiendo en cambio la presunción contraria, fundada en el testimonio del encargado de dicha Farmacia, quien afirma que dicha receta no fué despachada para la extinta, sino para otra persona (declaración de f. 60 vuelta);

3.º Que si bien el actor ha manifestado que proporcionaba casi siempre el cacodilato de soda, para las inyecciones de esta sustancia, y siempre la dionina y hioxina propinadas á la señorita de G., como antídoto de la morfina, no ha probado ni tratado de probar tal afirmación, hecha recién en su alegato de bien probado;

4.º Que son relativamente muchas las recetas de clorhidrato de morfina y de ampollas de esta sustancia para inyecciones hipodérmicas que figuran entre las testimoniadas, las cuales, según es de presumir que no eran para el uso de L. G., á ser cierto de estar ella dominada por el vicio de la morfina; y

5.º Que estando habituada la enferma á hacerse ella misma inyecciones, según lo comprueba el testimonio conteste de los testigos cuyas declaraciones se consignaron en las actas de fs. 73, 74 vuelta, 75 vuelta, 76 vuelta y 78, se impone al ánimo la suposición de que no es exacto que el actor le haya hecho el crecido número de inyecciones que él indica;

Considerando: que, en razón de lo expuesto, las presunciones que se invocan como prueba de la exactitud de los hechos en que se basa la demanda deducida, no surten el efecto de probar plenamente su supuesta existencia, por no reunir notoriamente las condiciones exigidas por la ley para que puedan por sí solas llenar tal fin (artículo 455 del Código de Procedimiento Civil) y que por consiguiente, los únicos servicios profesionales médicos prestados por el demandante en el caso, que deben tenerse por comprobados en forma, son aquellos cuya existencia ha confesado expresamente la parte demandada (artículos 329 y 434, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil);

Considerando: que dado lo preceptuado clara, expresa é inequívocamente en los artículos 1197, parte 1.ª, y número 3 y 1200 del Código Civil, es á todas luces incuestionable la procedencia de la excepción de prescripción que, en lo que se refiere á los servicios prestados por el doctor N. con anterioridad al día á que se hace referencia en el segundo Resultando de esta sentencia, ha opuesto la demandada (artículo 1165 del Código Civil);

Por tales fundamentos y atento á lo ordenado en el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil, definitivamente juzgando, fallo: Declarando prescripta la deuda

procedente de los servicios profesionales médicos, prestados por el demandante á la señorita L. G., con anterioridad al día 23 de agosto de 1904, dando por reconocidos los servicios prestados con anterioridad á esa fecha, únicamente aquellos cuya existencia ha confesado la parte demandada y disponiendo que como base para su fijación definitiva por el Juzgado, sea regulado el valor de dichos servicios, á cuyo efecto se pasarán los autos al Consejo Nacional de Higiene, sin hacer especial condenación en costas.

E. G. Pérez.

(Continuá.)

Código de Procedimiento Civil ⁽¹⁾

Historia de las reformas de 1883

PROYECTO DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES.—INFORME DE LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES.—DISCUSIÓN EN ESTA CÁMARA.

(Conclusión)

Ellos no pudieron prever, señor Presidente, si los abogados de Montevideo se rehusarían—como después se rehusaron en su mayor parte,—á aceptar los puestos de Jueces Letrados en campaña, y no podían tampoco prever que los abogados en su mayor parte prefirieran permanecer, como han permanecido, en la Capital.

Excuso molestar por más tiempo, señor Presidente, la atención del Senado, puesto que, como he dicho y consta en este Honorable Cuerpo, la reforma se ha fundado en todas sus manifestaciones.

Se han previsto todos los casos que pudieran surgir, todas las inconveniencias que se reportan con el sistema actual.

Si se refutara mi proposición, entonces tendría el honor de volver á toniar la palabra.

SR. FIGUEROA.—El señor senador por San José no ha desconocido lo benéfico que ha sido y es para el país el establecimiento de los Jueces Letrados en campaña (por el caudal de luces, ilustración y actividad que llevan á los Departamentos) el que allí sean ventilados los pleitos que se suscitan.

Por consiguiente, reconocida la conveniencia, creo que hay contradicción en disminuir la jurisdicción, porque el señor senador dice que se ha visto que los señores abogados no salen á campaña, y por consiguiente saldrán menos.

Si hasta ahora que es posible que haya muchos asuntos en los Tribunales de campaña no van, mucho menos limitando á la corta cantidad de 6,000 pesos.

Creo que se llenará el objeto, si en vez de poner una cantidad tan pequeña se aumenta hasta el conocimiento de 12,000 pesos.

Se llegaría á los dos objetos: que hubiese trabajo y que estimulase la residencia de los abogados en los de-

(1) Véase el número anterior.

partamentos; y como el señor senador dice que los grandes pleitos no son conocidos por los Jueces de campaña, por consiguiente, hago moción para que se eleve á 12,000 pesos la cantidad en que puedan conocer los Jueces Letrados.

SR. PRESIDENTE.—No ha sido apoyada.

SR. CARVE.—Yo apoyo la moción.

SR. PRESIDENTE.—Se tendrá presente.

SR. SALVAÑACH.—Tiene razón el señor senador por Soriano, cuando manifiesta que yo no he desconocido, señor Presidente, la conveniencia de la institución de los Jueces Letrados en campaña.

En efecto, no solamente no la he desconocido, sino que he afirmado más de una vez, que no daría mi voto, ni contribuiría en manera alguna para que desapareciera esa benéfica institución; y digo esto, porque es indudable que con ventaja, con notable ventaja, señor Presidente, se han sustituido los Alcaldes Ordinarios, jueces legos enteramente, por los Jueces letrados, que si bien en su mayor parte no han reunido todas las condiciones legales para ir á ocupar esos puestos porque no había abogados bastantes que desempeñasen esos cargos, con todas las condiciones de la ley, la verdad es, que han llevado á nuestra campaña el contingente poderoso de su actividad, de su talento y de su honradez.

Los Jueces Letrados en campaña han hecho cuanto era posible hacer, señor Presidente,—á mi juicio—en el desempeño de sus funciones.

Pero de esto, á que sea conveniente dejarlos en tales y cuales están, con su jurisdicción ilimitada, hay una inmensa distancia.

La misma observación del señor senador me demuestra que está de acuerdo con la limitación de la jurisdicción de los Jueces Letrados, puesto que fija una cantidad mayor, de 12,000 pesos en lugar de la cantidad de 6,000 que yo había indicado, y que la creo suficiente, señor Presidente, por cuanto es el doble de la de que podían conocer y conocían los Alcaldes Ordinarios.

No hay contradicción como parece encontrarla el señor senador por Soriano, en el hecho de que limitando la jurisdicción irán menos letrados á campaña.—Porque no es esto lo que yo me propongo en mi Proyecto, señor Presidente, llevar más ó menos abogados á campaña, sino únicamente hacer posible que los asuntos de grande cuantía no se ventilen ante los Jueces Letrados de campaña, que están allí aislados, absolutamente aislados, á punto de que en muchos Departamentos no existe un solo abogado, sin perjuicio de que no existe lo principal, que son los Tribunales de Apelaciones y los Fiscales del Estado, que son auxiliares de la Administración de Justicia y auxiliares poderosos.

Por eso, señor Presidente, lamento no poder acompañar al señor senador hasta esa cantidad de 12,000 pesos, porque la creo bastante en 6,000.

Pero esta cuestión no es puramente de *quantum*, de si ha de ser de 12,000 ó 6,000.

Aunque fuera de 12,000, yo me felicitaría, señor Presidente, que se aceptase la limitación de la jurisdicción de los Jueces Letrados de campaña; porque muchas veces, no son 12,000 pesos, señor Presidente: son leguas y suertes de estancia, son fortunas enteras, que importan hasta cientos de miles de pesos.

Siempre, pues, habremos aventajado en la reforma.

Por otra parte, señor Presidente, como es notorio, el Senado no es únicamente el que toma participación en esta ley.

Cuando se consiga la sanción de esta reforma, irá á la

Honorable Cámara de Representantes y allí será, como aquí, discutida, tocadas sus ventajas y sus inconvenientes.

Precisamente en la Cámara de Representantes hay muchos señores diputados que han venido de la campaña, han tenido ocasión de palpar allí las ventajas ó las inconveniencias de los Jueces Letrados ante todo, su extensión con jurisdicción ilimitada, y ellos darán allí su opinión y tal vez nos acompañe la Cámara de Representantes en esta reforma, ó tal vez la deseché.

Pero de todos modos confío, señor Presidente, en la sanción de esta reforma para dar lugar á la discusión, para que después de aceptada se haga lo mejor, lo más conveniente á los intereses públicos y privados.

Por lo demás, señor Presidente, no tengo más que agregar.

(Se vota si se aprueba y es afirmativa).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 97.

SR. SALVAÑACH.—En este artículo, señor Presidente, no hay otra modificación que establecerlo en consonancia con lo que acaba de sancionarse: «En los asuntos que excedan de 6,000 pesos en la campaña, conocerán los Jueces Letrados de lo Civil.

Esto era absolutamente necesario para que este artículo coordinase con el que se acaba de sancionar, que es el 95.

Siendo consecuente el Senado con la sanción que acaba de dar, me parece, señor Presidente, que sancionará también este artículo en la forma propuesta.

(Puesto á votación es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—En discusión el artículo 686.

SR. SALVAÑACH.—Siguiendo el sistema y método empleado por la Cámara de Representantes en la discusión de ese artículo, yo me he limitado á copiar el que acaba de leerse, con una agregación, que es la siguiente: «y los incidentes que nazcan».

(¿Tiene la bondad el señor Secretario de leer?

(Se leyó).

En la práctica, ha surgido un inconveniente frecuente, y es el incidente sobre deserción en estos recursos: ¿quién conocía?, si era el Tribunal extraordinario ó si era el Tribunal ordinario?

Los Tribunales, generalmente han resuelto que fuera el Tribunal ordinario, porque como todavía no estaba la causa en estado de conocer el Tribunal extraordinario, es claro que es al Tribunal ordinario á quien compete decidir si el recurso debe ser declarado desierto ó no.

Pero no basta, señor Presidente, que así lo hayan resuelto en algunos casos ocurrentes. Es necesario que la ley lo determine de una manera clara y precisa con el objeto de evitar estos incidentes y estas discusiones y abreviar los pleitos.

Es por esa razón, señor Presidente, que he propuesto el inciso que está en discusión en el Honorable Senado, relativo á que los antecedentes que nazcan sobre deserción de recursos, en el Tribunal ordinario de nulidad ó injusticia notoria, se resuelvan por el mismo Tribunal ordinario.

(Se vota y es aprobado).

SR. PRESIDENTE.—Queda aprobado en primera discusión el Proyecto sobre modificaciones al Código.

SR. SALVAÑACH.—Antes que se proclame la sanción, voy á permitirme proponer un artículo 2.º que me parece necesario en esta ley.

Sancionada la ley en la forma que acaba de hacerse, vendría á tocarse el inconveniente, cuando menos una duda, en la práctica, que podría ser de grandes inconvenientes.

Es la siguiente: Los asuntos que hoy se ventilan ante los Jueces Letrados Departamentales, que excedan de la cantidad en que ellos pueden conocer, ¿en qué categoría y en qué condición quedan?

Es claro que aquellas personas, aquellos litigantes á quienes conviniese que los Jueces Departamentales dejasen de ser Jueces en esos asuntos, pedirían que se remitiesen á la Capital.

Los que, por ejemplo, tuvieran ventaja en que se siguiera el asunto allí, ostarían á esa resolución y formarían artículos y con ese motivo se prolongarían los pleitos.

Para evitar ese inconveniente, señor Presidente, y creyendo que después de iniciados los asuntos como ya están ante los Juzgados Letrados, lo más prudente sería que los asuntos iniciados se siguiesen ante los Jueces que conocían de los asuntos, hasta que fallasen sentencia, es que me voy á permitir presentar este artículo para que, si lo tiene á bien, el Honorable Senado lo sancione.

(Se lee lo siguiente:)

«Artículo 2.º No obstante lo dispuesto en los artículos 95 y 97 del Código de Procedimientos, los Jueces Departamentales seguirán conociendo de las causas que ante ellos estén ya iniciadas, hasta pronunciar sentencia definitiva».

(Apoyados:)

(Se procede á votar y es aprobado).

SR. CASTRO.—Como este asunto, señor Presidente, que hemos sancionado es de suma importancia, aunque no es de práctica en el Senado hacer más que un reparto, son tales las correcciones que se han hecho, que haría moción para que se hiciera un segundo repartido para poder estudiarlo antes de la segunda discusión, porque repartirlo manuscrito sería mucho trabajo para la Secretaría.

(Apoyados).

SR. PRESIDENTE.—Así se hará.

La responsabilidad civil del Estado

Materia de encontradas opiniones es para los tratadistas el problema relativo á la averiguación de la responsabilidad civil del Estado por los actos de sus funcionarios, lesivos al derecho de los particulares. El derecho civil moderno considera al Estado como una verdadera persona jurídica. Sin embargo, no ha sido posible todavía fijar con claridad los derechos y obligaciones que, bajo tal aspecto, le corresponden.

En la imposibilidad de exponer todas las opiniones concernientes á tan importante materia, nos limitaremos á reseñar brevemente las principales, agrupándolas, para mayor facilidad, en tres teorías, que podríamos llamar teorías-madres, según los puntos de contacto que respectivamente tienen entre sí: la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado; la teoría mixta que, preconizando igual principio, admite la responsabilidad por razón de determinados actos; y, finalmente, la teoría que establece la responsabilidad absoluta y completa del Estado por todos los actos lesivos de sus funcionarios.

Muchas y de muy diverso valor son las razones que los partidarios de la teoría de la irresponsabilidad aducen como su fundamento al exponerla.

El Estado, como toda persona moral, es, dicen, una simple ficción legal, incapaz de voluntad propia, y, por lo mismo, de responsabilidad por acto alguno dañoso al derecho de terceros, toda vez que la existencia efectiva de la voluntad es condición esencial de la imputabilidad de los actos.

La persona moral, como creación artificial que es de la ley, no está constituida sino por un conjunto de derechos y obligaciones que son realmente ejercitados por sus representantes legales á quienes no se les ha conferido, entre los poderes que esa representación entraña, el de cometer actos ilícitos; de manera que son los representantes de la persona moral del Estado, los únicos responsables del daño que pueden causar con los actos que practiquen.

CARLOS ARANA SANTAMARÍA.

(Continuará).

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 6-AÑO XV

ALTA CORTE DE JUSTICIA.—*Denuncia sobre pesquisas secretas*.—Los Jueces de Instrucción pueden practicar investigaciones sin conocimiento del presunto inculcado, y obtener por este medio la semiplena prueba que los autoriza para dictar orden de prisión.

Este procedimiento no importa realizar las pesquisas secretas abolidas por la Constitución de la República.

La audiencia ó intervención del imputado no es preceptiva antes de que tenga éste la calidad de prevenido, pág. 81.

JURISPRUDENCIA:

Las sucesiones cuyos causantes hayan muerto antes de la ley de agosto de 1893, con arreglo á las leyes anteriores de junio de 1837 y abril de 1857, deben pagar impuesto de extracción sobre el precio de tasación de los bienes en el juicio sucesorio correspondiente, y no sobre el producto de las ventas de los mismos bienes, pág. 89.

—*Solicitada por la esposa la separación judicial de bienes y producida la prueba pertinente, si queda se en el ánimo del Juez alguna duda, ella debe resolverse respetando el derecho más importante*.

En el caso, el derecho de la esposa á la conservación de sus bienes es el más importante; por él, pues, debe velar el Juez con preferencia, pág. 91.

—*El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que se concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales*, pág. 93.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—*Historia de las reformas de 1883*, pág. 94.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO, por Carlos Arana Santamaría, pág. 96.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO 18 de Julio 23

LA REVISTA D E DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACION JURIDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constán, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Hldefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribardi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Rio de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Corantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE DICIEMBRE DE 1908

NUMERO 7

Alta Corte de Justicia

La denuncia de un delito no obliga al denunciante ni lo liga al procedimiento criminal, desde que presta un verdadero servicio a la comunidad al poner en conocimiento de las autoridades competentes, actos delictuosos que éstas están en la obligación de averiguar y castigar. El denunciante que justifica haber sido víctima de un robo, debe recibir el objeto robado sin ser obligado a pagar las costas causadas.

Vista esta denuncia formulada en el número... del diario... de fecha 30 de septiembre próximo pasado, contra procedimientos del señor Juez de Instrucción de 1.º turno:

Resultando: que según consta de los informes producidos y de la causa agregada, don E. S. se presentó á la 2.ª sección de policía denunciando un robo de alhajas que se le había hecho en su casa de comercio denominada...;

Que la Jefatura dió cuenta al Juez de Instrucción de turno de la denuncia de S. presentándose éste mismo á fs. 6 á dicho Juez, manifestando ser el dueño de las

alhajas empeñadas en el Monte de Piedad Nacional y pidiendo su entrega;

Que tanto con ese motivo, como por el de la denuncia se siguieron varios procedimientos de instrucción para constatar la existencia del robo denunciado y de sus autores, siendo de notar que fué el propio señor Fiscal del Crimen, á fs. 17, quien pidió que justificase S. la propiedad de las alhajas, decretándose por el Juez, á fs. 19, las diligencias necesarias á ese fin;

Que hecha la justificación por la casa S. y C.ª, el Juez decretó á fs. 29 vta., á petición de la misma, la entrega de las alhajas hurtadas, sin expresar en el auto que las costas fuesen de su cargo;

Que á fs. 31 vta., el Actuario pidió autorización para pasar el expediente al tasador de costas á fin de que formulase la planilla de las que correspondía abonar á S., proveyendo el Juez de conformidad.

Que hecha la tasación y notificada á S., éste reclamó de ella á fs. 33, sosteniendo que fué condenado á pagar costas sin oírlo, por un acto oficioso del Actuario y que en la denuncia que formuló, no contrae obligación ni responsabilidad alguna, que lo ligue al procedimiento criminal;

Que el Juzgado, después de oír al Actuario y al señor Fiscal de Hacienda, resuelve de acuerdo con la opinión de este funcionario, que S. debe abonar costas sin más fundamento que la afirmación de haber sido causadas en su provecho exclusivo. Subida en apelación esta

resolución, fué confirmada por el señor Juez Correccional por sus mismos fundamentos;

Considerando: que la denuncia de un crimen ó delito cualquiera no obliga al denunciante ni lo liga al procedimiento criminal, desde que presta un verdadero servicio á la comunidad al poner en conocimiento de las autoridades policiales ó judiciales actos delictuosos que están en el deber de averiguar y castigar;

Que no otra cosa ha hecho S. al denunciar á la policía y al constatar ante el Juez de Instrucción la verdad de sus afirmaciones de que había sido víctima de un robo, suministrando todos los datos que podían servir para el mejor esclarecimiento del hecho y de sus autores;

Que esas diligencias, aún en el caso de que no las hubiese solicitado S. como denunciante, han debido decretarse por el Juez de oficio, porque no tratándose de infraganti delito era indispensable constatar, ante todo, la existencia del cuerpo del delito á fin de decretar la prisión de los presuntos culpables (artículo 12 del Código de Instrucción Criminal);

Que la base de todo juicio criminal es la justificación del hecho ó omisión que constituye el crimen ó delito según lo expresa el artículo 151 del Código de Instrucción Criminal, de modo que el Juez de Instrucción estaba en el deber de averiguar ante todo si las alhajas empuñadas en el Monte de Piedad Nacional eran robadas, quién había sido el robado y quién había sido el autor del robo;

Que de acuerdo con las disposiciones citadas, todos los actos y diligencias practicadas en este sumario han tendido todos al mismo fin, á constatar el robo y su autor, sin que pueda hacerse la división arbitraria que hacen los Jueces de Instrucción y Correccional entre diligencias en provecho exclusivo de S. y otras de interés público;

Que la circunstancia de que S. estuviese interesado, no sólo en el enjuiciamiento y castigo de los culpables, sino también en que los objetos hurtados le fuesen devueltos por la autoridad judicial, no quita al sumario su carácter público y de oficio, en el que no caben distinciones ni la extraña conmixción de procedimientos en que los Jueces basan sus resoluciones;

Que en todo delito hay casi siempre comprometido un interés particular y á veces coadyuvan los mismos denunciantes ó perjudicados al esclarecimiento de los hechos, sin que nunca se le haya ocurrido á los Jueces imponerles costas so pretexto de que persiguen fines personales;

Que en este caso no existen propiamente diligencias ó actuaciones de carácter puramente personal ó privado, pues en todas ellas estaba principalmente comprometido el interés público desde que eran indispensables para la constatación del cuerpo del delito;

Que es un deber de las autoridades, así policiales como judiciales, ordenar que se restituyan á sus legítimos dueños los objetos robados, sin costas ni gastos que ninguna ley impone, y que la verdadera justicia y el buen sentido rechazan;

Que si prevalecieran las doctrinas é interpretaciones de los Jueces de Instrucción y Correccional, se perjudicaría notablemente la causa pública, porque quedarían en la impunidad la mayor parte de los delitos de robo y hurto, que son los más numerosos, en presencia de las molestias y gastos que impondrían los procedimientos judiciales.

Que en el caso en cuestión, es tanto más censurable la actitud de la justicia, por cuanto el denunciante ha suministrado datos importantísimos para facilitar su ac-

ción, sin que á ésta se le ocurriesen otros medios de llevar adelante las investigaciones, que mandar pagar las costas á S. por el concurso que ha prestado para probar el cuerpo del delito.

Que la prueba más acabada de la falta de base legítima para cobrar las costas á S., está en la incertidumbre y las dudas, de los diversos funcionarios que han intervenido en la reclamación, para apreciar las que deben cargarse á S., pues mientras el tasador le asigna por costas una suma dada, el Actuario y el Fiscal de Hacienda le asignan otra menor y otra menor aún los Jueces de Instrucción y Correccional doctores Gomensoro y Lacueva, y otra más baja todavía el Juez informante doctor Manuel Silva;

Que el Actuario no ha debido pedir autorización para mandar tasar las costas en un sumario de esta naturaleza, cuando no ha mediado condenación, ni está autorizado para ello por ninguna disposición legal;

Que estando ejecutoriadas las resoluciones que pusieron término á la reclamación de S. no es posible modificar la cosa juzgada, pero cabe hacer y se hacen á los señores Jueces y Actuarios las observaciones que surgen de esta resolución para que las tengan en cuenta en lo sucesivo.

Publíquese esta resolución, devuélvase el expediente acompañado al Juzgado de su procedencia, y archívese.

GARZÓN—PIERA—CUÑARRO—
ROMEY BURGÚES—BASTOS.

J. Cubiló,
Secretario

Derechos entre los cónyuges

¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?

POR LA SEÑORITA MYRTHES DE CAMPOS

(Doctora en Derecho del Foro brasileño)

Il est temps que la femme mariée soit émancipée des puissances traditionnelles et que l'incapacité, ce dernier vestige de son antique domesticité, soit enfin abolie.—LYON CAEN.

El matrimonio y la familia, cuya razón primordial es de orden puramente biológico⁽¹⁾ se revisten de importancia elevadísima, cuando son considerados del punto de vista social y jurídico. «Creación natural que la sociedad amolda y perfecciona», ha sido la familia objeto de las más reñidas controversias, siempre que en el estudio de su evolución se señala la tendencia al perfeccionamiento de la condición de la mujer.

Es bien difícil la discusión de este asunto porque nos obliga á abordar cuestiones doctrinarias viciadas de preconceptos seculares; pero procurando suplir por el esfuerzo lo que no nos faculta la inteligencia, trataremos de

(1) Letourneau: «L'Evolution de Mariage et de la Famille», pág. 429.

sustentar la defensa de los derechos de la mujer, que juzgamos pueden ser perfectamente reconocidos sin perjuicio para la colectividad.

Nosotros deseamos prestar nuestro modesto concurso, para que la causa femenina salga del falso terreno de las apasionadas discusiones partidarias en que se debate el gesto airado de los misógenos y la temeridad de los revolucionarios. Preferimos verla discutida en asambleas científicas al abrigo de la ceguera del espíritu sectario y procuraremos lo más posible justificar nuestra opinión, pues entendemos como Saleilles, que no basta clamar justicia para obtenerla, es preciso adquirir el derecho de representar la idea de justicia, y «el derecho no es creado para nadie en razón de su existencia, de su sexo ó de su edad; es una consecuencia de la cultura individual ó colectiva».

«No es suficiente que la mujer demuestre su inferioridad legal, para que pueda declararse perjudicada; es preciso que por sí misma realice un estado de derecho progresivo en que figure como habiendo poco á poco conquistado sus títulos á la vida social y jurídica».

La conquista de estos títulos tan valiosos cuanto hábilmente confiscados por falsos principios, se concreta en la cuestión feminista, que no es una innovación, sino una simple consecuencia de lentas transformaciones sociales que han influido sobre la condición de la mujer.

El feminismo no es más que una afirmación moderna de derechos que hace siglos se desenvuelven y se transforman, ó una tendencia particular para un aumento de justicia y de equidad. Así considerada la emancipación femenina como una resultante de la gran ley de revolución, parece que debe ser aceptada por todos aquellos que admiten la perfectibilidad constante y siempre necesaria de la ley ⁽¹⁾ y que comprenden que la subordinación de la mujer no está de acuerdo con el presente estado social, en que no puede ya justificarse la supremacía masculina, vestigio de la fuerza impuesta á las primitivas agrupaciones humanas en virtud del estado salvaje siempre favorable al más fuerte, ya sea en la adquisición de los medios de subsistencia, ó bien en el constante guerrear de las tribus.

Mantenida todavía la inferioridad de la mujer entre los pueblos civilizados de la antigüedad oriental, ella era en el derecho, un reflejo de las concepciones religiosas, que le atribuían extrema debilidad ó perversidad insuperable. En la India, cuya legislación, según Martins Durnier, revelaba sentimientos de bondad en todas sus disposiciones ⁽²⁾ el blando tratamiento que las prescripciones de Manu proporcionaban á la mujer, resumiéndose en el poético precepto de que «á una mujer no se debe golpear ni con una flor», era más una manifestación piadosa por su supuesta inferioridad natural, que una demostración de respeto; y su condición jurídica, no tuvo nada de elevada.

Las doctrinas judaicas afirmaron decisivamente la maldad de la mujer, eterna condenada por su perfidia imperdonable de haber seducido á un purísimo ser de sexo masculino, salido immaculado de las manos del Creador, y de ahí su subordinación en la familia y en la sociedad, confirmada por las rudimentarias instituciones jurídicas de la época.

La Filosofía de la antigüedad clásica, recordando las conveniencias domésticas, estableció también una especie de esclavitud femenina. La organización de la familia en

Grecia, consagraba de un modo completo la inferioridad de la mujer, á quien, para la reclusión del gineceo, lo que debía enseñarse desde la infancia era: «á no hablar, á no oír y á no ver, sino lo menos posible» ⁽³⁾. Hasta la elección de marido quedaba á cargo del tutor que obraba libremente.

Sólo las cortesanas gozaban de libertad y podían instruírse, siendo admitidas en las palestras filosóficas en que, por el talento y por la erudición, se hicieron célebres, como Aspasia, que pasa por haber sido poderosa colaboradora de Pericles.

No cabiendo dentro de los límites de nuestro modesto relato un estudio histórico detallado de la situación social y jurídica de la mujer, pasaremos á hacer una rápida apreciación del asunto por ante el derecho romano (una de las fuentes de nuestra legislación) que, conjuntamente con las costumbres nacionales de los Germanos y con el derecho canónico, ó más generalmente los principios de derecho emanados del Cristianismo, forman la base de todas las leyes europeas ⁽⁴⁾ á las cuales no es extraña la legislación brasileña emanada de la Península Ibérica.

En Roma fué regularmente instituída la tutela del sexo, habiendo tenido como pretexto la debilidad femenina, pero como verdadera causa los intereses de la familia, se cifraba conservar la fortuna de la mujer en poder de sus parientes del sexo masculino. ⁽⁵⁾

Soltera, quedaba ella sujeta á la patria potestad, y á falta de ésta, á la tutela de los parientes de la rama masculina; casada, si el casamiento era realizado sin *manus*, se conservaba bajo la tutela, en cuanto á los bienes ó personalmente sometida al poder del marido, quien podía castigarla y hasta matarla. El casamiento con *manus* era en relación al marido *loco filia*: sufría una *capitis diminutio* por la mudanza de la familia de ella hacia la del marido, á quien pasaba á pertenecer, y el marido, en su calidad de *pater familiae* ejercía toda la autoridad sobre la persona y sobre los bienes de la mujer.

Como excepción de la *conferreatio*, que era una ceremonia religiosa y solemne, usada entre las familias patricias, los modos de adquirir la *manus* señalaban tan acentuadamente la inferioridad de la mujer, que la asimilaban á las cosas. Así lo demuestran la adquisición de la *manus* por la cohabitación durante un año, *usus*, del mismo modo que la posesión de buena fe en determinado plazo, da lugar á la adquisición de la propiedad; y la *coemptio* ó compra de la mujer por medio de la emancipación.

La autoridad del marido llegaba á ser póstuma debido á la facultad que tenía de regular por testamento la tutela de la mujer. ⁽⁶⁾

Pero siéndole permitido confiar la mujer á la elección del tutor (*tutor optivus*) debilitábase la tutela del sexo que abatida todavía por la *manus* formal, consistente en un complicado recurso para la tutela de los parientes de la rama masculina y por la ley *Papia Poppaea* que emancipaba las mujeres ingenuas que tuviesen tres hijas legítimas, las libertas que tuviesen cuatro, llegó al final á desaparecer. También desaparece la *manus* matrimonial que dejaba en poder del marido todos los bienes de la mujer, sucediendo á este régimen la institución, la dote

(1) Side: «Etude Historique sur la Condition Privée de la Femme», pág. 69.

(2) Side: Op. cit., pág. 168.

(3) Side, op. cit., 168.

(4) Side: De «Incapacité de la Femme Mariée», pág. 5.

(1) Krug: «Le féminisme et le Droit Civil Français», pág. 2.

(2) «Historia del Derecho Nacional», pág. 2.

destinado á animar el casamiento, pero, restrictivo de los poderes del marido por la inalienabilidad de la dote y por la obligación de restituir á la mujer cuando se decidiese á la disolución de la sociedad conyugal, que se iba volviendo frecuente como el uso del divorcio.

A pesar de lo oprimida por los rigores de la ley, las costumbres consagraban la consideración á la mujer, asociándola hasta á las funciones públicas sacerdotales cuando era casada con un magistrado que ejercía esas funciones, y cuando libertada de la tutela y de la *manus*, parecía tender á la completa emancipación, resolvió el legislador de nuevo, y con mayor energía, restringir sus derechos no dejando de salvar, bajo este aspecto, la sociedad romana de la corrupción que la envenenaba. La disolución de las costumbres dependiente de múltiples causas á que tal vez no fuera extraña la influencia griega, parece haber sido atribuida á la mujer, rodeada entonces de nuevas incapacidades que cercenaban su libertad no ya en la familia pero sí en las relaciones sociales. El pretexto para nueva coacción de orden jurídico era simplemente el sexo.—*Fragilitas, imprudentia, imbecillitas, sexui*.

Ya para la represión del lujo que seguía la relajación de las costumbres, había sido creado el recurso de prohibición del uso hecho por las mujeres, de ciertos objetos, conforme á la determinación en la ley Oppia que se habría vuelto perpetua si no fuese la oposición femenina triunfante á pesar del célebre discurso pronunciado contra el indomable animal (*dote/frenos impotenti natura el indomito animal*) por el rígido Catón que al decir de Tito Livio era elocuentísimo. *Si causa oranda esset, elocuentissimus*.

El mismo fin de la ley Oppia tuvo la ley Voconia, prohibiendo instituciones testamentarias en favor de las mujeres.

Aunque ampliada por la *voconiana ratio*, vino al final á desaparecer, esa tiranía legislativa después de haber sido en la práctica frecuentemente burlada por medio de la institución de un heredero capaz á quien era en particular confiado el encargo de transmitir la herencia á la mujer que por la voluntad del testador debería heredar.

Podía el portador entregar la herencia ó quedarse con ella, lo que era legal aunque no fuese moral. *Nom omne quod licet honestum est*. Quedaba entonces en un terrible dilema muy bien pintado por Montesquieu: *La remettait-il (la herencia) il était en mauvais citoyen la gardait-il il était mal honnête homme*.⁽¹⁾

Era una ley injusta: «Elle sacrifiait le citoyen et l'homme et ne pensait qu'à la république. La loi méprisait dans la fille la piété filiale».

Aún con fines moralizadores, aplicando todavía medios diversos de los que usaron las viejas leyes Oppia y Voconia, la ley Julia de adulterios del tiempo de Augusto, prohibió el testimonio en juicio, de las mujeres adúlteras, volviéndose más tarde la prohibición extensiva á todas las mujeres (Dig., Livr. XXII, de feminis, ley 18, T. V.).

Regían las prohibiciones de ejercer el derecho de petición, de ejercer la magistratura, en suma, todos los oficios llamados viriles, en atención al pudor del sexo y á las costumbres, confesándose todavía que no faltaba á la mujer el necesario criterio para conducirse.

(Continuad.)

Jurisprudencia

El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales. (ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL).⁽¹⁾

(Continuación)

Expresa agraciado.

Excmo. Señor:

Que lo que corresponde en derecho y en justicia, es que V. E. revoque la sentencia á que me refiero, y condene á la demandada de acuerdo con lo solicitado en el escrito inicial de f. 4.

Expondré con la mayor brevedad posible las razones que justifican esta pretensión de mi parte.

I

La demandada ha alegado la excepción de prescripción, fundándose en el artículo 1197, número 3.º del Código Civil, y el señor Juez *a quo* ha encontrado procedente esa excepción.

Creo fácil demostrar, con el contexto de la ley y á la luz de los principios, que la interpretación dada á aquel precepto legal por la contraparte y por el señor Juez *a quo*, es de todo punto errónea.

A este respecto, el abogado que me dirige no improvisa opinión, pues, como puede verse en el tomo XII, páginas 255 y 256 de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, tuvo ocasión de sostener antes de ahora, en otro juicio que también versó sobre cobro de honorarios médicos, la misma tesis que sustenta en estos autos.

Se dice que el artículo 1197, número 3.º del Código Civil, establece que la prescripción de honorarios médicos empieza á correr desde cada visita y desde el mismo día que la asistencia ha empezado, y mi abogado ha sostenido y sostiene que tal prescripción sólo empieza á correr desde que la asistencia ha terminado, sea por la curación del enfermo ó su fallecimiento ó la despedida del médico.

Son las dos opiniones que han suscitado la larga controversia de los comentaristas franceses, á propósito del artículo 2272, número 1.º del Código Napoleón, análogo al citado precepto de nuestro Código Civil.

Mi abogado demostró en el trabajo de que he hecho mérito, y á que remito á V. E., que en esa pugna de opiniones, la tesis que ha triunfado ha sido la que él sostiene, pues ella, como lo expresa Baudry-Lacantinerie («Derecho Civil», tomo 3.º, página 1037) «ha reunido la mayoría de los sufragios en la doctrina, y hacia ella parece inclinarse la más reciente jurisprudencia».

Y así ha tenido que suceder forzosamente, pues la doctrina que impugno es no sólo contraria á la letra y

(1) *Esprit des Lois* Livre, XXVII, chap. 1.

(1) Véase el número anterior.

al espíritu de la ley, sino á la tradición jurídica y al espíritu de equidad y de justicia, que es, al fin y al cabo, en lo que se inspiran y deben inspirarse los preceptos del legislador.

Vamos cuáles son los términos en que está concebido el número 3.º del artículo 1197 del Código Civil.

Dice que por el tiempo de dos años, se prescribe la obligación de pagar « á los médicos, cirujanos, obstetras y boticarios, sus visitas, operaciones y medicinas, corriendo el tiempo desde el suministro de éstas, ó desde que tuvieron lugar AQUÉLLAS ».

¿Cómo deben entenderse los términos de este precepto legal?

Yo creo, Excmo. Señor, que si se lee con criterio desprevenido, no puede verse en él otra cosa, en lo que atañe á las visitas de los médicos, que la declaración de que la prescripción corre contra ellos, una vez que han terminado de hacer todas sus visitas, una vez que han curado al enfermo, ó que éste ha muerto, ó que el médico se ha retirado voluntaria ó forzosamente.

Referirse á la época en que tuvieron lugar las visitas del médico, es referirse á la época toda en que el médico prestó asistencia al enfermo, es referirse á todas las visitas hechas por el médico al enfermo durante la misma enfermedad, y no á cada visita en particular.

La ley ha empleado los términos «sus visitas» en el mismo sentido que tendrían las palabras «su asistencia»; ha querido referirse á «los servicios» del médico, á todos sus servicios, y no á una parte de ellos, á una visita tan solo. Si este hubiere sido su propósito, no habría hablado de las visitas del médico y del tiempo en que ellas tuvieron lugar, sino de cada una de las visitas hechas por el médico. Si las palabras «sus visitas» no significasen lo mismo que «su asistencia» ó «sus servicios», resultaría que el precepto legal que como no sería de aplicación á los servicios que el médico prestase en su consultorio. Entretanto, es evidente que la misma prescripción de los años rige para los honorarios que el médico devenga en «su consultorio», que para los que devenga con «sus visitas». ¿Por qué? porque el artículo 1197, número 3.º del Código Civil, al hablar de las visitas del médico y del tiempo en que ellas tuvieron lugar, no ha querido referirse á otra cosa que al tiempo todo de la asistencia por una misma enfermedad, á la asistencia en bloc del enfermo, prestada en la casa de éste ó en el consultorio del médico.

El sentido del precepto contenido en el artículo 1197, número 3.º del Código Civil, es, pues, claro y resuelve la cuestión en forma completamente favorable á las pretensiones de mi parte.

Quiero suponer, sin embargo, que las expresiones que como del referido precepto legal sean oscuras, y que sea por consiguiente, el caso de recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestados en la ley misma, de acuerdo con el artículo 17, inciso 2.º del mismo cuerpo de leyes.

Habría, entonces, que tener presente lo dispuesto por el artículo 20 del Código citado, según el cual «el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía».

En el trabajo á que antes he hecho referencia, mi abogado demostró, sin género alguno de duda, cuál había sido la intención ó espíritu del legislador al consignar en el artículo 1197, número 3.º del Código Civil, la prescripción relativa á los honorarios médicos, armonizando ese precepto legal con los artículos 1805, 1407, 1408 y 1190, inciso 2.º del propio Código.

Allí dijo mi abogado: «La asistencia médica constituye un verdadero contrato (arrendamiento de obras) entre el médico y el enfermo, por el cual el primero se obliga á prestarle, no un número determinado de visitas mediante un precio cada una, sino su asistencia, es decir, el conjunto indeterminado de cuidados y servicios profesionales que se requieren hasta el final de la enfermedad; y el segundo á pagarle por esa asistencia un precio en dinero (artículo 1805 del Código Civil). La propia índole de este contrato y la costumbre universal establecen que el médico no cobre sus honorarios al final de cada visita, sino después de cierto término racional en que puede apreciarse la importancia y eficacia de los servicios, y el cual es marcado por el final de la enfermedad, por el fallecimiento del paciente ó por la cesación voluntaria ó forzosa del médico.

«Fácilmente, pues, se realiza entre médico y enfermo un contrato á plazo incierto, desde que se subordina el ejercicio del derecho del médico y la obligación correlativa del enfermo, á un plazo fijado con relación al hecho ó hechos futuros necesarios, arriba establecidos, y cuya realización tendría lugar en una época imposible de fijar de antemano (artículos 1407 y 1408 del Código Civil). Ahora bien: es principio general aplicable á toda clase de prescripciones extintivas, que el tiempo de la prescripción no empieza á correr sino desde que la deuda se hace exigible (artículo 1190, inciso 2.º del Código Civil, igual al 2257 del Código Civil Francés), es decir, desde la época convenida para el pago, y como la exigibilidad resulta de la convención, es á ella que deben sujetarse las partes, y á falta de convención expresa, á lo que determina la costumbre ó uso respecto de la obligación».

La índole, pues, del contrato tácito de arrendamiento de obras celebrado entre médico y enfermo, y la costumbre universal de todos los tiempos, imponen la aplicación á él de los principios contenidos en los artículos 1805, 1407, 1408, 1190, inciso 2.º, y 1192 del Código Civil, no siendo jurídico ni racional el criterio que pone en pugna con esos preceptos, el artículo 1197, número 3.º de dicho Código, cuando, según lo manda la ley (artículo 20 citado), deben considerarse como armónicos y no como contradictorios.

«El procedimiento más seguro será siempre interpretar el Código por el Código mismo», han dicho Zachariæ y Aubry y Rau, empleando una frase que el comentarista Segovia pone al frente de su obra sobre el Código Civil Argentino. Y ese es el procedimiento que yo empleo para interpretar el artículo 1197, número 3.º del Código Civil.

Previene el artículo 1277 del Código Civil que «las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aún cuando no se hallen expresadas en ellos». Es la consagración del principio contenido en el siguiente texto latino: «In contractibus tacite veniunt ea que sunt in moris et consuetudinibus».

Pues bien: Moarlon, sostenedor de la doctrina de que cada visita del médico constituye un crédito distinto, dice esto, comentando el artículo 2272, número 1.º del Código Civil Francés (igual en el fondo á nuestro 1197, número 3.º): «6.º De los médicos... Ella (la prescripción) no comienza á correr sino á contar de la curación ó de la muerte del enfermo, á menos que voluntariamente ó de otro modo hayan cesado sus visitas antes de este tiempo, en cuyo caso la prescripción corre desde el día de la cesación de sus relaciones con su enfermo. Bien entendido, que las visitas hechas en una segunda enfermedad no constituyen ningún obstáculo á la prescripción de aquellas que han sido hechas durante la prime-

«a.» Esta solución es contestada: «Cada visita que hace el médico, engendra, se dice, un crédito principal, sometido, por consiguiente, á una prescripción particular que corre desde el día mismo de la visita». En este sistema, cada una de las visitas que remonta á más de un año está prescrita. Yo no puedo acomodarme á esta opinión. Sin duda, el médico adquiere tantos créditos distintos cuantas sean las visitas que él hace; pero ¿cada uno de estos créditos es exigible desde que ha nacido? No seguramente. No es de uso que un médico reclame el precio de su visita inmediatamente después de haberla hecho. No; es ordinariamente después de la curación ó la muerte del enfermo que él envía su cuenta. Ahora, lo que se hace, lo que pasa más habitualmente, debe presumirse haber sido entendido entre el médico y la persona que lo ha llamado: «Se debe suplir en los contratos las cláusulas que son de uso en ellos, aunque no hayan sido expresadas» (artículo 1160). Cada visita engendra, pues, un crédito á término, que no será exigible sino á partir del momento en que el médico cese en sus relaciones con su enfermo. Desde entonces, no es sino á partir de este momento que la prescripción puede comenzar á correr. («Répétitions», etc., tomo 3.º, número 1970).

Así armoniza Mourlon los artículos 2272, número 1.º, y 1160 del Código Civil francés. Y así también es cómo deben armonizarse los artículos 1197, número 3.º, y 1277 de nuestro Código Civil, concordantes con aquellos. La prescripción que el artículo 1197, número 3.º, establece, no empieza á correr para los honorarios médicos, sino después que sus servicios han terminado, sea por la muerte ó la curación del enfermo, sea porque el médico cesó por otra causa en su asistencia, ya que esto forma la materia de una cláusula de uso común, que debe suplirse en el contrato de locación de servicios celebrado entre médico y enfermo, según lo manda el artículo 1277.

Se dice que el artículo 1200 del Código Civil establece que, en los casos á que se refiere, la prescripción corre aunque hayan continuado los servicios, trabajo ó suministros, y que eso confirma la opinión de que la prescripción de los honorarios médicos empieza á correr desde que cada visita tuvo lugar.

Yo creo fácil probar, que, con arreglo á la opinión que sustentó, puede armonizarse perfectamente el citado artículo 1200 con el 1197, número 3.º. Basta á ese objeto con transcribir lo que el propio Mourlon (obra y lugar citados), dice á propósito del artículo 2274 del Código Civil francés, igual, como lo reconoce la contraparte, á nuestro artículo 1200.

Habla Mourlon:

«Pero, se dice, el artículo 2274 es absoluto en sus términos: la prescripción tiene lugar aunque haya habido continuación de servicios. Por consiguiente, la segunda visita no impide que la prescripción corra para la primera».

«Nosotros respondemos, primero, que es bien difícil considerar como servicio los cuidados que un médico presta á su enfermo. Se dice los servicios de un doctór méstico, de un comisionado; pero nadie, que yo sepa, tratará de emplear esta expresión para designar las visitas que ha recibido de su médico. Agregaremos que suponiendo que la ley haya dado á la palabra *servicios*, que ella emplea en nuestro artículo, el sentido extenso que se le supone, nuestro sistema no sufriría por ello absolutamente. ¿Qué nos dice ella en efecto? Que la continuación de los servicios no impide á la prescripción que corra, en cuanto á los servicios terminados. Ahora, ¿cuándo ha terminado el servicio de un

médico? Evidentemente cuando todas las visitas necesarias á la curación del enfermo han sido hechas. Si una segunda enfermedad se declara y el mismo médico es llamado, es entonces, pero entonces solamente, cuando podrá decirse que hay continuación de servicios. Mientras que la enfermedad dura, el médico trabaja en el servicio empezado y, en cada visita que él hace, en lugar de comenzar un nuevo servicio, acaba aquél que ha comenzado».

La teoría que sostengo se ajusta, como acabo de probarlo, á la letra y al espíritu de la ley, revelado en el conjunto armónico de sus disposiciones. Pero es que también está de perfecto acuerdo con la tradición jurídica, que nuestro legislador tuvo muy presente y contra la cual no reaccionó, pues si así lo hubiese querido lo habría dicho expresamente. Baudry-Lacantinerie (obra y lugar citados), dice, consignando un hecho notorio, que «esa opinión (la que yo sostengo y que el autor citado comparte) se funda en los precedentes históricos y especialmente en la autoridad de Pothier».

Y esa tradición jurídica, esos precedentes históricos, esa opinión de Pothier, se inspiran en los más puros dictados de la equidad y la justicia, y contemplan la práctica universal é inveterada seguida respecto á la forma de cobrar los honorarios médicos. El mismo comentarista Machado, cuya opinión invoca la contraparte, reconoce y declara que «habría sido más justo y equitativo tomar la asistencia médica como un solo hecho, y hacer correr la prescripción desde que el enfermo se hubiera curado, ó desde que el médico dejó de asistirlo, sea por haberse retirado forzada ó voluntariamente, ó por muerte del enfermo», y que esa teoría es la más justa y humana».

Para demostrar el aserto de Baudry-Lacantinerie, de que la opinión que sustentó «ha reunido la mayoría de los sufragios en la doctrina» y que «hacia ella parece inclinarse la más reciente jurisprudencia», no me parece necesario que deba fatigar la atención de V. E. haciendo transcripciones que la autoridad del autor que cito excusaría, si no fuera que antes las excusa la ilustración de V. E.

La contraparte se ha acogido á la autoridad de Laurent, Vazeille, Aubry y Rau y Machado; pero frente á esos autores puede hacerse una lista interminable con los nombres de Pothier, Troplong, Durantón, Taullier, Zachariæ, Dalloz, Marcadé, Delsol, Mourlon, Borsari, Llerena, etc., y frente á la sentencia única que Dalloz cita como favorable á la tesis que sustenta la contraparte, y que según dicho autor «no tiene autoridad», se encuentran las sentencias de las Cortes de Caen y Chambéry, de fecha 21 de abril de 1869 y 28 de febrero de 1873, que citan Aubry y Rau, y la más reciente jurisprudencia de que habla Baudry-Lacantinerie.

La clarividencia de Laurent sufre un eclipse al tratar este punto relativo á la prescripción de honorarios médicos. El egregio Borsari, como le llama Cimbali, dice esto á propósito de la opinión de Laurent al respecto: «No he entendido bien la oposición de Laurent, que acostumbra ser tan claro». (Comentarios del Codice Civile Italiano, volumen 4.º, Parte 2.ª, página 912). Y después, impugnando al jurisconsulto belga, que «no admite sobre este punto ni la tradición ni la jurisprudencia», porque entiende que el Código no las ha consagrado, agrega lo siguiente en el propio lugar citado:

«Si después de esto se invocase la ley para no interrumpir sino su oráculo, nada mejor; pero la ley no dice nada. ¿No queda en ella más que el vacío? No; el

«uso de no turbar al enfermo en el curso de una enfermedad que continúa, es tan general que debe admitirse que la ley lo ha seguido cubriéndolo con su silencio; pero hay más, y es que el uso está fundado en la razón jurídica. Las visitas médicas tienen por único objeto el procurar la curación de aquella enfermedad; las unas se ligan á las otras, según las alternativas del mal; se modifican y tienen necesidad de desmenuzarse en su complejidad para vencer la enfermedad. Es fácil, pues, decir que el trabajo del médico debe considerarse como complejo y uno, y única la prescripción».

El comentarista Machado, que también cita el contrario, no se ha dado cuenta del verdadero alcance que tiene la frase: «el tiempo corre desde los actos que crearon la deuda», empleada en el artículo 4032, número 4.º del Código Civil argentino.

Los actos que crean la deuda por honorarios médicos, son todos los que constituyen la asistencia del médico por una misma enfermedad, son el conjunto de las visitas que el médico hace mientras cuida al enfermo. Por eso es que el referido precepto del Código Civil argentino habla de deuda y no de deudas, como tendría que hablar si quisiese significar que cada visita crea una deuda distinta.

El juri-consulta argentino doctor don Baldomero Llerena, cuya opinión no es menos autorizada que la del doctor Machado, dice lo siguiente respecto á la disposición legal que nos ocupa, en su obra «Concordancias y comentarios del Código Civil argentino», tomo 7.º, página 465:

«Pero en el caso anterior (el de asistencia por una misma enfermedad), creemos que no debe tomarse á la letra el inciso que estudiamos, y que debe aplicarse «su espíritu en la forma que lo ha establecido la jurisprudencia francesa».

No es verdad lo que afirma la contraparte, de que «en la redacción del inciso 3.º del artículo 1197 del Código Civil, se corrigió el Código francés, (artículo 2272, inciso 2.º) precisamente para cortar la discusión entre sus comentaristas relativa á saber si cada visita ó operación debía ó no dar lugar á una prescripción separada».

El agregado hecho al inciso 3.º del artículo 1197, no es una corrección sino una ampliación del texto francés concordante. Ese agregado no modifica el concepto de la disposición, que sigue siendo el mismo que informa el número 2.º del artículo 2272 del Código francés.

El agregado á que se alude fué tomado del artículo 1972, número 4.º, del Proyecto de García Goyena. En ese artículo se establece expresamente cuándo empieza á correr la prescripción en todos los casos que menciona; de modo que la indicación de la fecha en que debe empezar á correr la prescripción de los honorarios médicos, no responde á un propósito particular, á un criterio diverso del que movió al autor á consignar en cada caso el momento en que la prescripción debía comenzar. Se ve que lo que quiso Goyena fué ser *explicito* y nada más; *sobrecargar* en cada uno de los preceptos de su artículo, pero no *reformular* ó *corregir* doctrina alguna consagrada en los Códigos ó recibida por los autores acerca del momento en que la prescripción debía comenzar. Dijo en el número 4.º de su artículo 1972 cuándo debía comenzar la prescripción del honorario del médico, porque lo dijo también en los otros casos del artículo, y no para consagrar una doctrina nueva, una doctrina distinta de la que ya estaba consagrada por la tradición.

Si Goyena hubiera tenido un propósito reformista al redactar el número 4.º de su artículo 1972, habría dejado de consignarlo en forma clara, y sobre todo, habría dejado de declararlo así en el comentario relativo, exponiendo las razones en que se fundase, tan luego tratándose de una reforma que habría ido contra los precedentes históricos, contra la doctrina recibida, contra lo que era y ha sido siempre una costumbre universal? A buen seguro que no. Y sin embargo, *ni una palabra* dedica Goyena en el comentario á su artículo 1972, á la supuesta reforma en materia de prescripción de honorarios médicos.

Nuestro legislador tomó de Goyena el agregado del artículo 1197, número 3.º del Código Civil, y lo tomó para ser más *explicito* que el Código Francés, pero no para decir cosa distinta de éste, pues no puede suponerse que para *corregir* una doctrina que estaba estampada en el modelo francés, se valiese de un agregado que no hacía más que *ampliar* su texto, conservando siempre el mismo concepto jurídico.

Creo estar habilitado para afirmar que, con arreglo á la letra de la ley, al contexto de toda ella, á su espíritu, á los fundamentos de las leyes análogas, y á las doctrinas más recibidas, es incuestionable que la prescripción de los honorarios médicos sólo empieza á correr cuando la asistencia médica ha terminado, sea por la curación del enfermo ó por su muerte, sea por la retirada voluntaria ó forzada del médico.

Y como los servicios profesionales médicos cuyo pago se reclama, y que mi mandante el doctor V. prestó á la señorita L. G., hija de la demandada, en su enfermedad, TERMINARON el día . . . de diciembre de . . ., en que la enferma falleció, es claro que recién desde entonces empezó á correr la prescripción contra mi mandante.

Espero confiado que V. E. dedicará al punto que acabo de dilucidar, toda la atención que merece y que el señor Juez á quo no le prestó. El señor Juez á quo se limitó á afirmar, sin tomarse el trabajo de demostrarlo, que era «á todas luces incuestionable la procedencia de la excepción de prescripción que, en lo que se refiere á los servicios prestados por el doctor V., con anterioridad al día 23 de agosto de 1904, ha opuesto la demandada, dado lo preceptuado clara, expresa é inequívocamente en los artículos 1197 número 3.º y 1200 del Código Civil».

Esa forma de resolver una cuestión de la importancia jurídica de la que resuelve el señor Juez apelado, es indigna de un Magistrado de su categoría. Se ve que el señor Juez á quo no tenía la menor noticia de la controversia que ha agitado el campo de la doctrina respecto á ese punto, que nada había leído acerca de él, y que á ciegas falló sobre lo que no conocía, dejándose llevar de la impresión que los razonamientos aducidos por la contraparte á última hora, cuando no era posible contestarle, le produjeron.

V. E. volverá por el decoro de la Magistratura, lesionada por el Inferior con su pobrísima sentencia, haciéndole ver que la sagrada misión de administrar justicia impone la obligación de estudiar seriamente las cuestiones sometidas al fallo de los Magistrados, y que éstos fallan á su deber cuando no fundan ampliamente sus resoluciones, y se limitan á salir del paso con cualquier afirmación descabellada y ridícula.

II

La contraparte ha fundado su excepción de prescripción, en otras razones además de las que vengo á demostrar que carecen de todo valor jurídico.

Invoca también la contraparte el artículo 1210 del Código Civil, diciendo que, como la conciliación se llenó el día 22 de diciembre de 1906 (f. 3), y la demanda fué interpuesta el día 20 de febrero de 1907 (f. 6), esa demanda se dedujo fuera del término de treinta días acordado por el citado artículo 1210 del Código Civil, término que, según la contraparte, debe contarse en este caso, con arreglo al artículo 603 del Código de Procedimiento Civil.

El Juez a quo no tomó en cuenta para nada este argumento, sin duda porque no creyó que tuviese valor jurídico. Y es así, en efecto.

El plazo de treinta días acordado por el artículo 1210 del Código Civil, es un término de carácter PURAMENTE PROCESAL, aunque relacionado con la materia de prescripción. Ese término se refiere al trámite procesal, se refiere a una actuación que se verifica dentro del procedimiento judicial, esto es, cuando ya el demandado ha sido citado ante la justicia para formular contra él un reclamo.

Que el término á que se alude esté establecido en la ley de fondo, no significa que haya perdido su carácter de disposición relativa á la forma del procedimiento, pues conserva siempre una índole igual exactamente á la de cualquier otra disposición reguladora del trámite judicial. Ese término de treinta días no es de naturaleza diferente, por ejemplo, al término que se concede para los recursos, al que se señala para la perención de la instancia, á los que determinan los artículos 841 y 842 del Código de Procedimiento Civil, y á todos los demás términos de que se ocupa el Código citado.

El artículo 1210 del Código Civil, trae su origen del 1986 de García Goyena, y este codificador dice lo siguiente en el respectivo comentario:

«Es en sustancia el artículo 2045 del Código Civil francés, y el 57 del Código de Procedimientos EN CUANTO AL MES; PUEDE POR LO MISMO HABERSE RESERVADO LO DEL MES Á PROCEDIMIENTOS».

Se ve, pues, que García Goyena, aunque incluía lo relativo al mes en su Proyecto, no desconocía el carácter procesal de la disposición y reconocía que estaría mejor en el Código de Procedimientos, como ocurre en Francia.

Nuestro Código Civil se redactó y promulgó antes que el Código de Procedimientos, y por eso se explica que incluyese, como Goyena, la disposición relativa al término de los treinta días, á pesar de que, por su carácter procesal debiese figurar en el Código de Procedimientos que habría de promulgarse después.

El artículo 1210 del Código Civil concuerda con el artículo 1268 del Proyecto del doctor Acevedo, que está concebido así:

«La citación para conciliación, interrumpe la prescripción desde el día de su fecha, con tal que sea seguida de demanda, instaurada dentro de los plazos de derecho».

Los plazos de derecho son los que determinaría la ley procesal que habría de dictarse.

La expresión «en todos los términos de que habla este Código», empleada por el artículo 603 del Código de Procedimiento Civil, no debe entenderse á la letra sino según su espíritu, y su espíritu no es ni puede ser otro que el de una referencia amplia á todos los términos de la índole procesal de aquellos de que se ocupa el referido Código, como lo es, sin duda alguna, el término de treinta días que establece el artículo 1210 del Código Civil.

Los días de la feria mayor, corridos desde el 25 de diciembre de 1906, hasta el 25 de enero de 1907, no deben, pues, contarse en este caso, con arreglo al propio artículo 603 del Código de Procedimiento Civil invocado por la contraparte.

Y si no deben contarse, resulta que la demanda, ins-

taurada con fecha 20 de febrero de 1907, lo fué dentro del término que prescribe el artículo 1210 del Código Civil, pues se interpuso á los 28 días después de la conciliación.

La contraparte alega que el doctor V. debió demandar dentro de la feria, pues su caso era de los que comprende el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil como casos de habilitación de esa feria.

Esto es lo que no ha demostrado la contraparte.

Si los días de la feria á que se alude debieron contarse, entonces sí, tendría razón la contraparte; pero he demostrado que no debían ni deben contarse, y por consiguiente, no era el caso de urgencia que autorizase para pedir la habilitación de esos días. Desde que los días de la feria no se contaban, el término para interponer la demanda no vencía en ellos, sino después, y por tanto no había por qué pedir su habilitación.

III

Pero todavía arguye la contraparte con que, según los artículos 1209 inciso 1.º y 1210 del Código Civil, la demanda debe ser notificada para que interrumpa la prescripción, y que, no habiendo sido notificada en este caso la demanda sino después de los treinta días de la conciliación, aún sin contar los de la feria mayor de 1906-1907, resulta que la interrupción de la prescripción no se produjo oportunamente.

De este razonamiento tampoco se ha ocupado el Inferior, sin duda también por creer que no tenía importancia. Y no la tiene en realidad.

Dice el artículo 1209, inciso 1.º:

«Toda prescripción se interrumpe civilmente por el emplazamiento judicial notificado al poseedor ó deudor».

¿Qué dice, qué quiere decir, ese precepto legal leído desapasionadamente? Dice y quiere decir tan sólo que el emplazamiento judicial, ó sea la demanda, INTERRUPE LA PRESCRIPCIÓN, si fuese notificada al poseedor ó deudor.

Lo que interrumpe la prescripción, según dicho precepto, es la demanda ó el emplazamiento judicial. Ahora, para que la demanda produzca ese efecto, es necesario que se notifique al poseedor ó deudor; pero una vez notificada, la interrupción se produce desde la fecha de la demanda y no desde la fecha de la notificación. El artículo dice, en efecto, que lo que interrumpe la prescripción es la demanda ó emplazamiento judicial, y no la notificación de ésta.

El precepto á que se alude, de nuestra ley, puede dividirse en dos partes: la primera, que declara que la demanda ó emplazamiento judicial interrumpe la prescripción; la segunda, que declara que para que la demanda produzca ese efecto, debe ser notificada.

El contrario, que prescinde de esa división del precepto comentado, impuesta por el sentido claro de sus términos, le da un alcance erróneo de todo punto.

El artículo 3983 del Código Civil argentino, es concordante con nuestro artículo 1209, pero sólo establece que la prescripción se interrumpe por la demanda, sin hablar de su notificación.

Pues bien: el comentarista de ese Código, doctor don Lisandro Segovia, dice lo siguiente á propósito del referido artículo, en el tomo II de su obra, página 716, nota 86:

«Seguida (la demanda) de la notificación correspondiente, que advierte al poseedor de la pretensión del demandante; pero la interrupción se causa desde la fecha misma de la presentación de la demanda».

Nuestro Código no dice cosa distinta del Código ar-

gentino. Expresa el mismo concepto en forma más amplia, más explícita, y nada más. Aunque el Código argentino no dice que la demanda deba ser notificada para que interrumpa la prescripción, se entienda que ello debe ser así. Y nuestro Código Civil quiso llenar el vacío del Código argentino, quiso consignar expresamente lo que en este Código va sobreentendiéndose. Eso es todo. Pero tanto con arreglo al Código argentino como al nuestro, la demanda es lo que interrumpe la prescripción, no la notificación de la demanda, á pesar de que, según uno y otro Código, esa notificación sea un requisito *tácito ó expreso* necesario para que la demanda produzca su efecto interruptivo de la prescripción.

El artículo 1267, inciso 3.º, del Proyecto del doctor Acevedo, igual en el fondo al artículo 1209, inciso 1.º del Código Civil, dice lo siguiente:

«La interrupción civil se verifica por medio de emplazamiento, notificado al prescribente».

La coma colocada después de la palabra *emplazamiento*, esclarece perfectamente el sentido de la disposición. Esta establece con toda precisión: 1.º que es el emplazamiento ó la demanda lo que interrumpe la prescripción; 2.º que ese emplazamiento ó demanda debe ser notificado al prescribente.

Si después de las palabras *emplazamiento judicial* del artículo 1209, inciso 1.º del Código Civil, se suple la coma que va después de la palabra *emplazamiento* en la disposición transcripta del Proyecto Acevedo que, como es sabido, fué uno de los modelos que tuvo á la vista y utilizó el Codificador oriental, aparece aún más claro el sentido de aquel precepto.

Y ahora que he demostrado hasta la evidencia que el artículo 1209, inciso 1.º del Código Civil dispone que la interrupción civil se produce por el *emplazamiento judicial ó demanda*, y no por su *notificación*, indispensable, sin embargo, para que aquél produzca su efecto, debo decir dos palabras respecto al artículo 1210 del propio Código, citado también por la contraparte.

El artículo 1210 dispone que «la citación á juicio de conciliación interrumpe también la prescripción desde el día en que se hace, con tal de que dentro de treinta días contados desde la celebración del juicio, y no haberse avenido las partes ó haberse dado por celebrado «en rebelde, sea seguida de demanda y emplazamiento «con arreglo al artículo anterior».

El artículo 1210 debe entenderse que se armoniza y no que se contradice con su anterior el 1209; y si éste, como se ha visto, dispone que la prescripción se interrumpe por la demanda ó emplazamiento judicial, y no por la notificación de éste, hay que admitir forzosamente que, en el caso del artículo 1210, en que además de demanda ó emplazamiento hay una citación á juicio de conciliación anterior á aquélla, no es necesaria la notificación de la demanda, dentro del plazo de treinta días, para que la interrupción se produzca.

Hay que aplicar al artículo 1210, el mismo criterio de interpretación que se aplica al 1209. Cuando la demanda sigue á la conciliación dentro de los treinta días, la demanda produce efecto retroactivo, pues es como si se la hubiera interpuesto cuando se citó á conciliación. Ahora, es condición indispensable para que esa demanda produzca tal efecto, que ella sea notificada al poseedor ó deudor; pero notificada cuándo?; también dentro de los treinta días?; no, «con arreglo al artículo anterior» (1209), según el 1210, y con arreglo al artículo 1209 la notificación de la demanda puede hacerse en cualquier tiempo, interrumpiéndose la prescripción desde la fecha de esa demanda, una vez hecha aquella notificación.

Las palabras «demanda y emplazamiento» empleadas por el artículo 1210, equivalen á las palabras «emplazamiento judicial» empleadas por el artículo 1209. *Emplazamiento* es cosa distinta de *citación ó notificación* (véase el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil), y los artículos 1209 y 1210 del Código Civil reconocen y consagran esa diferencia. El artículo 1209, cuando dice que el «emplazamiento judicial» debe ser «notificado» al poseedor ó deudor, y el artículo 1210, cuando dice que la «demanda y emplazamiento» deben ser «con arreglo al artículo anterior», es decir, notificados al poseedor ó deudor. También consagra esa diferencia el artículo 1267, inciso 3.º del Proyecto Acevedo. Las palabras «demanda» y «emplazamiento», que expresan cosa distinta á las palabras, «citación» y «notificación», tienen el mismo alcance jurídico en cada uno de los artículos 1209 y 1210 del Código Civil, como lo tienen en los artículos 1267 y 1268 del Proyecto de Acevedo, concordantes con aquéllos.

Puede demostrarse que la interpretación que la contraparte da al artículo 1210 del Código Civil, conduce al absurdo.

Supóngase que, citada á conciliación una persona, se ausenta inmediatamente del país y va á radicarse á Europa en residencia conocida. Habría que emplazarla por medio de exhorto (artículo 301, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil), y, por lo tanto, la notificación del emplazamiento forzosamente tendría que hacerse después de vencidos los treinta días que marca el citado artículo 1210.

Lo mismo sucedería en el caso de que esa persona estuviese fuera de la República y se ignorase el lugar de su residencia. Habría que emplazarla entonces por edictos con señalamiento de noventa días (artículo 307, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil); y como la publicación de los edictos tendría que hacerse durante el primer tercio del término del emplazamiento, es decir, por treinta días (artículo 307 citado, inciso 3.º) resultaría que la notificación del emplazamiento, que recién se reputaría hecha después de la última publicación, se produciría fatalmente después de los treinta días corridos desde la celebración del juicio de conciliación para que hubiese sido citada cuando tenía domicilio en la República.

En tales casos, pues, la disposición del artículo 1210 del Código Civil sería ilusoria, si fuera verdad que ella impone la obligación de notificar la demanda ó el emplazamiento, dentro del plazo de los treinta días siguientes á la celebración del juicio conciliatorio. Pero no debe suponerse que el legislador, al mismo tiempo que concedió el medio de garantizar los derechos del demandante, lo hizo ilusorio en gran número de casos.

IV

He querido tratar ampliamente, y en primer término, lo relativo á la excepción de prescripción opuesta por la contraparte, porque es de la que menos me había ocupado en la primera instancia del juicio, no habiendo podido rebatir las alegaciones que la contraparte formuló al respecto á última hora; y porque de nada le valdría á mi parte que hubiere probado, como lo ha probado en efecto, la asistencia médica que reclama, si en realidad sus honorarios estuviesen prescriptos.

Ahora que se ha visto que no lo están, paso á ocuparme de la prueba que se ha producido de los servicios médicos cuyo pago se exige.

Sobre este punto no voy á gravar la atención de V. E. analizando minuciosamente las resultancias de autos. Ese

trabajo lo hice ya en mi alegato de bien probado de fs. 103 y siguientes, que doy por reproducido totalmente.

Mi parte *prestó sus servicios* á la señorita L. G., desde el mes de enero de 1903 hasta el día . . . de diciembre de . . . , en que falleció la enferma, esto es, durante un período de 23 meses.

¿Ha negado la contraparte ese hecho? Absolutamente, Excmo. señor; al contrario, *lo ha confesado*, tanto en su contestación á la demanda, como en su réplica, como en el pliego de f. 84, 3.ª posición, como en su alegato de bien probado.

No era necesaria más prueba que esa confesión, dado lo que prescribe el artículo 434, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil, pero mi parte ha justificado también por otros medios la efectividad de la asistencia médica cuyo pago reclama.

Las declaraciones de los doctores X. y Z. y de los demás testigos por ella presentados y el testimonio de las recetas despachadas por la Farmacia prueban de modo inconcuso que aquella asistencia se prestó.

Está probado, asimismo, por confesión de la contraparte, y por la demás pruebas que mi parte ha producido, cuál era la enfermedad que aquejaba á la paciente: tuberculosis á la espina dorsal, con trayectos fistulosos.

Y esos dos hechos, el de la asistencia en un período de 23 meses, y el de la naturaleza de la enfermedad que reclamaba aquella asistencia, son los que esencialmente deben tomarse en cuenta para resolver acerca de la legitimidad del reclamo por honorarios médicos formulado por el doctor V.

Si se sabe que el doctor V. prestó sus servicios á la paciente durante un período de 23 meses, y si también se sabe cuál era la enfermedad que aquejaba á ésta, y cuál era su estado, ya está habilitado el Consejo de Higiene para dictaminar con acierto acerca del valor pecuniario de aquellos servicios.

Una presunción favorable ampara desde luego la causa de mi representado: la presunción de que prestó su asistencia médica á la enferma con acierto y con asiduidad. Cuando un médico atiende á un enfermo debe admitirse que cumple estrictamente con su deber mientras no se pruebe lo contrario; y no basta, para destruir esa presunción, que cualquier profano diga: esta operación la hizo sin necesidad y sin resultado; tales visitas fueron también innecesarias; los lavajes y las inyecciones practicados no tenían importancia.

Es la autoridad técnica que debe asesorar en cada caso á la justicia, la que puede determinar la importancia y el mérito de la asistencia, partiendo, como es natural, y mientras no se demuestre lo contrario, del supuesto de que el médico prestó sus cuidados en la forma que prescribe la ciencia y con la debida solicitud.

Pero en el caso, no sólo puede invocarse á favor del doctor V. la presunción á que se alude, sino que puede hacerse causal de la prueba concluyente que se ha producido para justificar el acierto y la constancia con que atendió á la enferma.

En primer lugar, la contraparte no niega ese hecho. Se limita á decir que ésta padecía de una enfermedad crónica incurable, como si en caso de que así hubiese sido, en efecto, el médico hubiera faltado á su deber prodigando á la paciente todos los cuidados que aconsejaba la ciencia para aliviarla y prolongarle la vida! Si el médico debió cuidar á la enferma, como lo hizo, á pedido de la familia de ésta, ó si más bien debió abandonarla, sin lucha, para que el mal que la aquejaba hiciese impunemente en ella sus estragos, son cosas sobre las cuales

dará su opinión autorizada el Honorable Consejo de Higiene y resolverá V. E. en definitiva oyendo las inspiraciones de su conciencia y de su criterio justo y ecuánime.

En su afán por eludir el pago de los honorarios médicos tan honestamente ganados por el doctor V., y de desconocer el mérito de la asistencia por éste prestada á la señorita G., la contraparte exhibe á mi mandante como un explotador sin conciencia, y se empeña en demostrar que ni á sol ni á sombra dejaba á la enferma, prolongando y alargando sus visitas con el propósito de aumentar su cuenta de honorarios.

No se da cuenta la contraparte, en su ofuscación, de que así evidencia que el doctor V., durante todo el tiempo de su asistencia, atendió á la enferma solícitamente, pues de lo que se queja ahora la contraparte es de que la asistencia del médico fué *excesiva*, y no de que escatimase en ella los cuidados que á la enferma debieron prestarse.

Ahí, en ese hecho, en ese empeño con que la contraparte trata de demostrar que mi mandante *se excedió* en sus cuidados y atenciones á la enferma, tendrá el Honorable Consejo de Higiene y tendrá V. E., la mejor demostración de que el doctor V., *no dejó* en el caso de cumplir religiosamente con su deber de médico.

En efecto: si fuera verdad que el doctor V. hizo *más visitas* que las necesarias, lo sería también que no hizo *menos* de las que fueron precisas; y si fuera cierto que ese facultativo prestó á la enferma *más* cuidados que los que su enfermedad y su estado requerían, lo sería igualmente que no le prestó *menos* de los que eran menester.

Lo demás, es decir, la apreciación del mérito y del valor venal de esas visitas y cuidados, la hará el Honorable Consejo de Higiene teniendo en cuenta el tiempo de la asistencia, que fué de 23 meses, y la índole de la enfermedad y estado de la enferma. Si hubo visitas ó cuidados innecesarios, el Honorable Consejo de Higiene lo dirá, pero apreciará, al mismo tiempo, el valor de las visitas y cuidados que fueron necesarios, en todo el tiempo de la asistencia, atenta la clase de la enfermedad y el estado de la enferma.

Pero fuera de la presunción favorable al doctor V., acerca del acierto y de la debida asiduidad de su asistencia, fuera de las confesiones y manifestaciones de la contraparte, confirmatorias de esa presunción, hay en autos, como lo he dicho, prueba irrecusable en el mismo sentido.

Esa prueba, cuyo análisis hice en mi alegato de primera instancia, demuestra:

a) Que el doctor V., fué el único médico (con excepción de los pocos días en que el doctor B. lo substituyó á su pedido), que asistió á la señorita L. G. en los últimos años de su vida y hasta el día en que ocurrió su fallecimiento;

b) Que la asistencia fué asidua y continua, pues visitaba á la enferma constantemente hasta dos y tres veces por día, y en los últimos días antes del fallecimiento de aquélla, pasó casi todas las horas del día y de la noche en casa de la paciente;

c) Que el tratamiento y servicios que prestaba á la enferma consistía en lavajes de sus trayectos fistulosos, en pequeñas incisiones, en toques de cloruro de zinc, tintura de yodo, etc.;

d) Que además le aplicaba inyecciones de cacodilato de soda y bioxina y dionina, requeridas estas últimas por el estado morfinómano de la paciente.

e) Que la señorita G., se mostraba muy agradecida por la solicitud y la forma en que la atendía su médico.

f) Que los medicamentos los compraba en gran parte en la Farmacia «.....», en cuyo recetario se encuentran 49 recetas del doctor V., para la señorita G., en su mayoría.

g) Que la enferma hizo algunas salidas á campaña y permaneció en ella en ciertos períodos de su enfermedad, por prescripción de su médico y estando siempre bajo su asistencia.

h) Que aunque la enferma permaneció levantada la mayor parte del tiempo de su enfermedad, y salía á menudo de paseo, siempre estuvo delicada.

i) Que la paciente tuvo algunos períodos de mejoría, y que, según el testimonio del doctor B., debido á la asistencia paciente del doctor V. la vida de aquélla se prolongó por tanto tiempo.

Mi parte ha justificado, pues, ampliamente, y con arreglo á la obligación que le imponía el número 1.º del artículo 329 del Código de Procedimiento Civil, que prestó sus servicios profesionales á la señorita L. G. desde enero de 1903 hasta el 26 de diciembre de 1904, en que ocurrió su fallecimiento, habiendo sido esa asistencia asidua y continua, al extremo de repetir las visitas dos y tres veces al día, y algunas en la noche, estando además probado cuál era la índole de la enfermedad que aquejaba á la paciente y su estado morfinómano, lo que supone que requería constantemente los servicios del médico.

Debe regularse, por consiguiente, la asistencia de mi representado, con arreglo á la importancia de los servicios prestados y á los hechos probados de que hago mención, teniendo en cuenta que aquella asistencia reviste el carácter de ordinaria y extraordinaria.

Bajo la curiosa forma de *Resultandos*, el señor Juez *a quo* formula varias observaciones críticas respecto á la prueba producida por mi parte. Es inútil ocuparse de ellas, pues la índole de la enfermedad, el estado de la enferma, la duración de la asistencia y la asiduidad y acierto con que ésta se prestó son los factores que, apreciados debidamente por el H. Consejo de Higiene, han de determinar el valor de los servicios médicos del doctor V.

El señor Juez *a quo* se puso á analizar y criticar y dar opinión sobre lo que *no entiende*, antes de oír el dictamen del H. Consejo de Higiene, y por eso incurre en errores tan garrafales como el que lleva envuelto la afirmación de que el número de las recetas formuladas por el doctor V. no está en relación con el de las visitas que éste expresa haber hecho, creyendo, sin duda, que á cada visita el médico debe formular una receta, y que por consiguiente las visitas sin recetas no deben tenerse en cuenta!!

V. E. dedicará á este asunto todo el estudio que se merece, si no por su importancia material, por el interés jurídico de las cuestiones que en él se debaten, y por el interés moral que en él tiene un médico distinguidísimo, incapaz de explotaciones, de esos pocos que no sólo ponen en el cuidado de sus enfermos toda su ciencia, sino que derraman sobre ellos todo el tesoro de su inagotable bondad, como resulta de estos mismos autos, á pesar de que *ahora*, la negra ingratitud de la señora demandada, pretenda que todas las delicadas atenciones y solicitudes del médico de su hija, no eran inspiradas por la nobleza de su corazón sino por el miserable propósito de sacarle pesos á la demandada.

Por lo expuesto:

A V. E. suplico que se sirva revocar la sentencia apelada, declarar que no están prescritos los honorarios médicos reclamados, y disponer que la demandada

abone á mi mandante el importe de los honorarios devengados desde enero de 1903 hasta el 26 de diciembre de 1904, previa la respectiva regulación que deberá practicar el H. Consejo de Higiene, sin perjuicio de la fijación definitiva que corresponda hacer á V. E. para el caso de que dicha regulación fuese observada, imponiendo á la demandada las costas y costos del juicio.

(Continuará).

La responsabilidad civil del Estado⁽¹⁾

(Conclusión)

El Estado, ente abstracto incapaz de voluntad propia, no puede incurrir en culpa, elemento esencial de la responsabilidad. Son sus funcionarios y empleados, personas físicas dotadas de inteligencia y voluntad, los que si causan daño deben repararlo, porque son ellos, y sólo ellos, los que pueden y deben prever las consecuencias de sus actos, procurando cumplir las obligaciones derivadas de sus cargos respectivos con el *mínimum* de sufrimiento para los particulares.

El Estado es el órgano de la nación y el poder tutelar establecido para hacer guardar la ley y el derecho de los particulares, en sus mutuas relaciones, como condición necesaria de la coexistencia y bienestar social. Considerado desde este punto de vista, no puede decirse que tenga ni derechos ni obligaciones propiamente suyos; unos y otras tienen por objeto directo y único los individuos que componen la colectividad. Lo que el Estado hace por medio de sus agentes está encaminado, no á la satisfacción de un fin propio, sino exclusivamente á la satisfacción del bien general de los individuos que lo componen, de lo cual se infiere lógicamente que si con ello, por excepción, les causa daño, deben sufrirlo pacientemente como condición imprescindible de la imperfección que aqueja á la organización política y social de que forman parte.

Conceder, por último, á los particulares el derecho de repetir contra el Estado por los actos lesivos de sus funcionarios, sería no sólo recargar enormemente el erario público, con daño evidente para la masa general de contribuyentes, sino también, y lo que es más grave, tornar la acción del Estado vacilante y débil.

Entre los partidarios más decididos de esa teoría figura el notable escritor Bluntschli. Piensa este autor que no puede existir *obligación general* por parte del Estado ó Municipio de indemnizar los daños sufridos por terceros á consecuencia de los actos de sus funcionarios, desde que, por regla general, esta obligación no puede tener otro fundamento que una culpa de que el Estado es incapaz, si bien por excepción tal responsabilidad puede derivarse de fuentes especiales como son: la naturaleza especial de determinados actos ó un compromiso contractual expreso. Tampoco puede, según este autor, resultar culpa al Estado del nombramiento de un funcionario á no ser que la persona elegida fuera indigna ó notoriamente incapaz. La culpa del Estado, en este caso, no derivaría en lo

(1) Véase pág. 96, número anterior.

absoluto del carácter representativo del funcionario. Este y el Estado son personas distintas y, por lo mismo, la culpa del funcionario no puede considerarse como culpa del Estado. (1)

Gabba sostiene igual doctrina. El funcionario, dice este autor, que actúa fuera de sus atribuciones, abusa de ellas ó procede sin las formalidades legales; no obliga al Estado porque no lo representa. El mandante no puede ser responsable por el exceso del mandatario. Tampoco podría decirse que existe una verdadera distinción entre la persona que daña y la persona dañada, desde que siendo el Estado la expresión de la vida colectiva, de los intereses de todos, al ocasionar el daño puede decirse que también lo sufre; por lo cual, reclamar de él cualquiera indemnización vale tanto como si los ciudadanos se reclamasen á sí mismos. Políticamente, además, la responsabilidad del Estado sería un principio dañosísimo porque haría su acción lenta y embarazosa al propio tiempo, y á los funcionarios titubeantes é inoportunos. (2)

El principio general de la irresponsabilidad del Estado admite, según Gabba, dos excepciones. Una relativa á los actos de aquellos funcionarios, como los miembros de la policía por ejemplo, que—por estar tan inmediatamente sometidos á la autoridad y vigilancia gubernativas—no son, en realidad, sino instrumentos del gobierno y comparables en un todo á los criados. Otra referente á ciertos establecimientos públicos, guardianes de los intereses privados, como los depósitos aduaneros de mercaderías que, aunque sometidos inmediatamente á ciertos funcionarios, han sido establecidos bajo la salvaguardia del Estado, no existiendo de hecho, en los actos en ellos realizados, dos personas, sino la del Estado solamente, pues el funcionario es desconocido para el público que tiene en cuenta únicamente el nombre y garantía del Estado.

Admite también el mismo autor la responsabilidad del Estado cuando proviene de empresas privadas ejercitadas por él; verbigracia las de vías férreas, correos, etc., cuando se deriva de daños causados en beneficio de una propiedad del Estado; y, finalmente, cuando tiene lugar á consecuencia del ejercicio de funciones relativas á una misión no natural, sino accesorio del Estado.

Mantellini es partidario también de esta doctrina. Si el funcionario ha procedido en cumplimiento de sus deberes, obliga al Estado, tornándose lo hecho por él en acto del Estado mismo, desde que lo practicó en representación y por cuenta del Estado que lo había facultado para ello. Pero cuando se extralimita, no puede obligar al Estado ni por razón del acto mismo, ni por sus consecuencias; porque ha dejado de representar al Estado, del cual no recibió autorización ciertamente para proceder abusivamente en su nombre y obligarlo así. La equidad ordena que sea indemnizado el daño; pero esa indemnización debe prestarla el dañado no el Estado, no el erario público, no la masa general de contribuyentes que serían en definitiva, los responsables sin culpa alguna. (3)

Saredo defiende también, decididamente, la misma tesis. Encuentra original que el Estado responda de la culpa cometida por el funcionario violando los deberes que la ley le impone; y, agrega, que el Estado no puede asumir responsabilidad por los actos de sus funcionarios sino cuando la ley lo establezca expresamente. Si razones

políticas, dice Saredo, aconsejan al legislador derogar los principios fundamentales de derecho público, no hay nada que objetar; pero entonces, la responsabilidad del Estado debe ser clara, taxativamente determinada. Es el funcionario quien, por regla general, debe responder por su hecho culpable; el Estado jamás. (1)

La doctrina de la irresponsabilidad absoluta del Estado no puede ser aceptada por el derecho moderno. Pósele más elevado que sea el concepto que se tenga de la soberanía del Estado, no puede estar refutado con la idea de justicia. Conceder al Estado cuya misión es declarar, ejecutar y aplicar la ley, la facultad de atropellar los principios generales del derecho común establecidos con el objeto de regular toda clase de relaciones jurídicas, sería una verdadera antinomia, sería hacerle perder la más esencial de sus funciones: la garantía de todos los derechos.

Los mismos partidarios del sistema no pueden dejar de reconocerlo así, admitiendo en la práctica la responsabilidad del Estado por las culpas de sus agentes cometidas en la celebración ó ejecución de los contratos y en muchos otros casos.

El Estado no puede considerarse como una simple abstracción, incapaz de acto alguno por sí mismo. El Estado es una verdadera persona jurídica, con existencia real, que ejerce derechos y cumple obligaciones y que practica actos de carácter jurídico ya en el ejercicio de sus propias funciones, ya cuando se pone en relación con las demás personas públicas y privadas.

Nada puede implicar en contrario el simple hecho de que su acción externa se manifieste siempre por el órgano de sus funcionarios, toda vez que también las personas privadas, físicas y morales, se hacen representar á menudo, sin que por eso la persona representada quede confundida ó desaparezca ante la del mandatario.

No es más fundado el argumento relativo á la imposibilidad por parte del Estado para incurrir en culpa.

La responsabilidad puede ser penal y civil; y, si es verdad que el Estado no puede en ningún caso incurrir en la primera, no hay razón alguna para eximirle en lo absoluto de la segunda. En el terreno metafísico sería posible, quizá, sostener que el Estado es incapaz de toda clase de culpa; pero en el terreno positivo de los hechos, al aparecer el Estado como sujeto activo y pasivo de derecho en sus diversos órdenes de relaciones, no puede, sin evidente trastorno de ellas, escapar á las consecuencias que como á tal le incumben. Precisamente porque en virtud de su especial naturaleza no puede practicar acto ninguno sino por intermedio de sus funcionarios, los actos de éstos deben ser considerados necesariamente como actos del Estado.

Y no se diga que el Estado, como persona moral, es incapaz de voluntad propia, puesto que si se le niega la capacidad de querer y de ejecutar actos por voluntad propia, no habría razón ya para considerar como actos del Estado las convenciones diplomáticas, las medidas de gobierno, los contratos relativos á servicios públicos, etc.

Admitir la voluntad propia del Estado para ciertos actos, los que le causan provecho, y negarla para los demás, para los que derivan daño á terceros, sería la verdadera consecuencia del sistema. Semejante concepto de

(1) Bluntschli. — Opinión sobre las conferencias del sexto Congreso alemán de juristas, tomo I, página 45.

(2) Gabba. — Della responsabilità dello Stato per danno dato ingiustamente ai privati dai pubblici funzionari, pág. 109.

(3) Mantellini. — Lo Stato ed il Codice Civile, t. I, pág. 15.

(1) Saredo. La nuova Legge sulla Amministrazione Comunale e Provinciale. T. II, N.º 1489-1507.

las personas morales es antijurídico y sumamente peligroso.

Es necesario convenir, pues, en que las personas morales tienen, si no una voluntad natural, una voluntad legal propia que informa los actos lícitos é ilícitos practicados por sus representantes, y por los cuales deben, en consecuencia, responder. El representante al practicarlos puede decirse que se desprende de parte de su propia personalidad para dejar figurar tan sólo la del representado en sus relaciones con los terceros; y es así como éste se convierte, en virtud de los actos de aquél, en propietario, acreedor, etc.

Por último, no es necesario que exista culpa para que haya lugar á la indemnización del daño que se ha causado. La responsabilidad civil sólo requiere la lesión de un derecho á consecuencia de un acto practicado por un sujeto cierto, haya ó no tenido éste la intención de dañar. El patrimonio de cada uno debe ser tan sagrado como su propia persona; ofenderlo es violar un precepto de justicia. La simple lesión patrimonial determina, pues, una obligación contra el agente que la causa, ó sea la responsabilidad objetiva de indemnizarla.

Tampoco tiene mayor fuerza el argumento relativo á la constitución del Estado y la facultad de que inviste á sus funcionarios á fin de que, dentro de los límites impuestos por el texto legal, ejerzan las atribuciones que les confiere, excluyendo así toda autorización para la práctica de actos ilícitos ó ilegales. Este argumento incommovible á simple vista, es, sin embargo, de valor racional nulo. Teniendo el Estado que ser representado en todo orden por sus funcionarios, susceptibles como hombres que son de yerros, faltas y culpas, no puede, sin destruir ó trastornar el orden jurídico que precisamente está encargado de conservar y realizar, distinguir entre los actos de sus agentes para considerar como suyos los que son de su agrado, ó le reportan provecho, y desautorizar los demás.

De que el Estado sea el órgano y tutor del derecho tampoco podría derivarse su irresponsabilidad, puesto que de que tenga tal función no se deduce que la realice inevitablemente. Para afirmar la irresponsabilidad del Estado sería necesario sostener que es el creador del derecho privado, idea aceptable en los tiempos de Roma, pero que no se compadece en lo absoluto con el concepto moderno del derecho, fundado exclusivamente en la idea de justicia.

El Estado no es hoy sino un simple sujeto de derecho que si bien goza de determinados privilegios en atención á sus fines no está, sin embargo, dispensado de la obligación general de guardar las leyes. Admitir la irresponsabilidad del Estado sólo porque sea el órgano y tutor del derecho sin probarse previamente que el Estado es incapaz de dañar con sus actos á los particulares, implica establecer una verdadera paradoja: el Estado órgano y tutor del derecho, se reserva, no obstante, el derecho de violarlo impunemente.

Ni es razón tampoco en que pueda fundarse la doctrina que combatimos la referente á la ausencia de fines propios del Estado, cuyos actos están sólo dirigidos, en consecuencia, al bien general de los individuos, desde que, como ya dijimos, al determinar la responsabilidad es la voluntad del agente lo que menos debe tenerse en cuenta, importando poco el fin que se proponga al practicar el acto y bastando para que exista la lesión objetiva de un derecho.

Por último, y si es verdad que la repetición frecuente de las acciones de esta clase no podría dejar de ocasionar cierta perturbación en el funcionamiento del Estado,

acompañada de gravamen para el erario público, también lo es que el daño estaría constituido no por el ejercicio de estas acciones, sino por los actos lesivos de los funcionarios, reveladores del desconcierto administrativo, y que á no haberse ejercitado aquéllas habrían quedado ignorados con gravísimo peligro para el Estado mismo.

La aplicación severa del principio de la irresponsabilidad niega á los particulares aquel control en el Gobierno que obliga á éste á escoger sus empleados entre las gentes más honradas y devotas al interés público.

CARLOS ARANA SANTAMARÍA.

(De *El Derecho*).

Objeto y división de la Jurisprudencia

(Lección dictada en la Facultad de Jurisprudencia de Lima por el catedrático de Filosofía del Derecho, doctor don Manuel V. Villarín)

Noción de la Jurisprudencia.—División de la Jurisprudencia. Ciencias jurídicas descriptivas. El Derecho Positivo contemporáneo nacional y extranjero. —La Historia del Derecho. La Etnografía Jurídica. La Estadística Jurídica.—La Legislación Comparada.—Ciencias Jurídicas explicativas.—Sociología Jurídica general y particular.—Ciencias Jurídicas prácticas. El arte de cumplir las leyes.—La Política Jurídica ó Arte de la Legislación.—Esta ciencia es parte de la Jurisprudencia.

La Jurisprudencia es el conjunto de ciencias que se ocupan del derecho, es el *corpus* de las ciencias jurídicas.

El profesor B. Brugi la define como «el sistema de las ciencias jurídicas y políticas que estudian el derecho, la sociedad y el Estado». Pero las ciencias políticas ó ciencias del Estado, aunque tienen estrecho parentesco con las jurídicas, deben conservar su independencia, en beneficio de ambas. Hoy pueden considerarse abandonadas tanto la doctrina que hacía del Derecho una parte de la Política, como la doctrina opuesta, que reduce la ciencia del Estado á una simple rama del Derecho. El Estado, aunque tiene un aspecto jurídico, pues es órgano de derecho y sujeto de derechos y obligaciones, ofrece también un aspecto no jurídico, que debe ser materia de una ciencia separada. No es, tampoco, objeto de la jurisprudencia el estudio de la sociedad. Las ciencias jurídicas son ciencias sociales, pero también lo son la Sociología, la Historia, la Economía, la Moral, la Política, la Etnografía, la Estadística, etc. Es cierto que la organización y las funciones de la sociedad se relacionan con el derecho y que el derecho es un producto de la vida en sociedad; pero esto no justificaría extender el horizonte de la Jurisprudencia hasta hacer de ella la ciencia universal de los hechos sociales. No es, pues, la Jurisprudencia la ciencia del derecho, de la sociedad y del Estado, sino la ciencia del Derecho. En cambio, comprende—aunque esto no sea opinión universal—todos los estudios que hacen del derecho su objeto principal, cualquiera que sea la manera cómo lo consideren y el fin especulativo ó práctico que persigan; ya se trate de conocer las leyes ó instituciones jurídicas para cumplirlas y hacerlas cumplir, ya para corregirlas ó crearlas, ya para averiguar sus orígenes y su desenvolvimiento histórico, ya para descubrir sus causas

y resultados sociales. Estas labores, con ser tan diferentes, tienen como fin principal el derecho, y la unidad de objeto crea vínculos tan estrechos entre todas ellas que autoriza á reunir las en un vasto círculo, en una familia distinta dentro de la comunidad de las ciencias morales.

Las ciencias jurídicas se dividen en *teóricas ó especulativas y prácticas ó aplicadas*. Las teóricas se subdividen en *descriptivas y explicativas*, por más que, con frecuencia, la descripción y la explicación tengan que ir unidas.

Corresponde, desde luego, ocuparse del primer elemento de esta subdivisión, ó sea de las ciencias jurídicas descriptivas. Ellas tienen por objeto presentar, tales como son, omitiendo toda apreciación crítica, las legislaciones é instituciones jurídicas de los diversos pueblos; exponer el derecho positivo, vigente ó derogado, de todas las naciones. A este orden pertenecen la *Ciencia del Derecho Positivo*, la *Historia del Derecho ó Jurisprudencia Histórica*, la *Etnografía Jurídica*, la *Estadística Jurídica* y la *Legislación Comparada ó Jurisprudencia Comparativa*.

Cuando se expone el derecho positivo en actual vigencia se tiene la llamada *Ciencia del Derecho Positivo*. Bentham la denomina *Jurisprudencia Expositiva*. Su división natural está determinada por la Geografía política. Cualquier Estado independiente tiene su derecho nacional, que es el único obligatorio dentro de sus fronteras. Para los juristas de cada país, la ciencia comprende, en primer lugar, el derecho patrio; en segundo lugar, el derecho positivo extranjero. Considerada sin referencia á un país dado, la Jurisprudencia expositiva es la descripción del derecho vigente de todos los pueblos contemporáneos. No se la debe confundir con la *Legislación Comparada* que, como veremos, es algo más que la simple yuxtaposición ó descripción sucesiva del derecho nacional y de los derechos extranjeros.

La descripción jurídica representa un esfuerzo científico que exige, muchas veces, eminentes facultades de observación y raciocinio. No es una simple repetición empírica de textos legales. Su objeto propio es la *interpretación*, en el sentido más general. Su operación más elevada consiste en el conocimiento de los *principios* de las instituciones y del *espíritu* de la legislación. El derecho positivo consta de definiciones y reglas, es decir, de fórmulas, de proposiciones abstractas ó sintéticas, destinadas á regular series de casos. El derecho no puede dar una solución para cada caso, como el lenguaje no puede dedicar un signo para cada idea; necesita apelar á procedimientos de expresión, comparados por Ihering con el alfabeto, que le permiten resolver una inmensa multitud de situaciones gracias á un corto número de signos. El conocimiento del derecho es, pues, un trabajo de desciframiento, de *interpretación*. Además, en la construcción del derecho, interviene la lógica. Toda reglamentación jurídica parte de ciertos *principios*, generalmente tácitos. El jurisconsulto debe descubrirlos. Esta manera de elaborar las leyes auxilia para reducir su volumen, porque permite callar una parte de su contenido, que existe latente en los principios formando series de consecuencias forzosas que el intérprete sacará con su propio esfuerzo. Por otra parte, los diversos principios de las instituciones de un pueblo guardan entre sí una armonía general que impide desprender de unos consecuencias opuestas á las que se derivan de otros. El intérprete necesita descubrir aquel enlace, conciliando entre sí los principios legales. Por fin, la coincidencia ó concordancia de los principios es la expresión de una manera de ser propia de la legislación de cada país, y revela la unidad del espíritu que la anima. Ha menester el expositor caracterizar esa alma

de las leyes que estudia, para armonizar con ella las interpretaciones y extensiones analógicas, de manera que el derecho nacional funcione y se desenvuelva por la labor interpretativa, sin disonancias ni conflictos internos. En resumen, el Derecho Positivo tiene por objeto exponer ordenadamente las normas legales positivas y extraer ó desentrañar todas sus consecuencias, en conformidad con los principios y el espíritu de la legislación.

Al hablar de normas legales, hemos querido referirnos no sólo á las constituciones, códigos, leyes y demás formas del derecho *legislativo*, sino también á las formas diversas de la costumbre jurídica, del derecho elaborado por acción extralegislativa. En efecto, la ley no es la única fuente del derecho positivo, por más que sea, en nuestra época, la fuente principal. También las costumbres, los precedentes emanados de la aplicación de la ley, forman derecho. La jurisprudencia práctica de los tribunales, los usos de los parlamentos, las prácticas constitucionales y administrativas, determinan una creación jurídica fuera de la ley, que enriquece y corrige el derecho emanado del legislador y, á veces, lo deforma y hasta lo paraliza. La descripción del derecho nacional, debe tomar en cuenta ese fenómeno, persistente aun bajo el imperio de las codificaciones más completas. Por consiguiente, el comentario de los textos no agota la materia de la ciencia. Entre la letra del derecho escrito y la realidad de la vida jurídica media, á menudo, enorme distancia. La ciencia debe describir el derecho tal como funciona y dar á conocer «la fisonomía viva del sistema jurídico». Para ello ha de exponer, clasificar y coordinar los precedentes, sea judiciales, constitucionales ó administrativos, y extraer de ellos, en fórmulas generales, las reglas efectivas que contienen; ó, si esto no fuere posible, marcar siquiera las tendencias legales que se descubren al través de los usos más recientes. Además, el derecho consuetudinario, formado por la acción de los poderes públicos, se inspira en los usos populares y profesionales, en las convicciones jurídicas predominantes y en las conclusiones más aceptadas de la doctrina científica. Hasta esas fuentes remotas del derecho debe ir el jurisconsulto en su función *expositiva*, dando cabida á la doctrina de los autores y á los usos é ideas populares, en cuanto cooperen á la formación de las reglas del derecho vigente.

La segunda ciencia jurídica descriptiva, que hemos señalado, ó sea la *Historia del Derecho ó Jurisprudencia Histórica*, describe las instituciones jurídicas pasadas dignas de recuerdo, las leyes extinguidas y derogadas. Además, expone los cambios y transformaciones del derecho positivo. En este segundo aspecto, la Historia se ocupa, también, del derecho vigente contemporáneo, para el efecto de dar á conocer sus antecedentes en el pasado, esto es, el modo cómo las instituciones anteriores fueron sustituidas por las actuales.

Si el historiador del derecho se dedica á investigar los remotos y oscuros orígenes de las instituciones en los pueblos antiguos, se forma de ese estudio una especialidad que se ha llamado *Arqueología Jurídica*. Cuando la tarea descriptiva se interesa por los usos jurídicos de los pueblos no civilizados, de las razas salvajes, se tiene la llamada *Etnografía Jurídica ó Jurisprudencia Etnográfica*. Y se ha propuesto crear una rama de la Jurisprudencia destinada al estudio de los hechos jurídicos susceptibles de anotación numérica, que es la *Estadística Jurídica*.

En los últimos tiempos la Historia se ha servido del método comparativo. Este medio de investigación cabe en materia jurídica y se ha aplicado con sorprendentes

resultados. La historia legal de unos pueblos arroja intensa luz sobre las instituciones jurídicas de otros. Lo que no se puede descubrir por datos históricos directos, se induce con certeza, gracias á la analogía ó identidad de las instituciones en estudio, con las mejor conocidas de otros pueblos. No pensamos, sin embargo, que los servicios que presta la comparación á las ciencias jurídico-históricas autoricen para crear una ciencia especial llamada *Historia Comparativa del Derecho*, pues, en suma, sólo se trata de un perfeccionamiento del método científico de la Historia, no de una ciencia nueva.

La Historia, la Arqueología, la Etnografía jurídicas, hacen, en sus respectivas esferas, un trabajo semejante al de la ciencia del Derecho Positivo. Su tarea previa consiste en averiguar los hechos, constatar la realidad venciendo las oscuridades del pasado y los obstáculos de todo género que presenta la observación en pueblos no civilizados. El derecho primitivo y el de las razas incultas es un sistema de usos más que de reglas formuladas. La legislación, forma eminente del Derecho Positivo, es un fenómeno relativamente moderno; y es mucho más difícil descubrir un uso ó práctica popular, penetrar su sentido, profundizar su espíritu, que interpretar una regla jurídica codificada. Agrégase que las mismas reglas formuladas son traducciones, no siempre fieles, del derecho que expresa y que, sobre todo en los albores de la civilización, hay una gran diferencia entre el derecho viviente, el derecho tal como funciona y su traducción grosera é imperfecta en las reglas jurídicas. «Aseméjanse aquellas reglas, dice Ihering, á los primeros ensayos plásticos de un pueblo; y de la misma manera que no se podría deducir de éstos que los hombres y animales de su época fuesen parecidos á tan imperfectas representaciones, del mismo modo no se puede admitir que el conjunto de reglas jurídicas del período de la infancia de un país ofrezca una imagen fiel de su derecho». Descubierto el derecho en su verdadera fisonomía, tanto el derecho formulado, como el latente en los usos y en las imperfectas reglas escritas, debe el historiador interpretarlo, reduciendo sus reglas aisladas, al parecer inconexas, á «elementos lógicos de un sistema», caracterizando, en fin, el espíritu general y las tendencias del derecho que examina.

Las Historias particulares de los derechos de los diversos pueblos, no pueden constituirse con entera separación. Ningún derecho es un producto exclusivo del suelo donde florece. El Derecho Positivo, como las costumbres, las artes y las lenguas, se imita, se importa y se hereda. Para conocer la procedencia y formación de cada derecho nacional, es preciso, pues, invadir la historia de muchos pueblos y aun de todos ellos. Pero no sólo la imitación, la herencia y la trasplantación del derecho, explican las similitudes observadas en los diversos sistemas jurídicos. Las hay, también, entre pueblos que no han tenido contacto alguno, á consecuencia de un paralelismo natural en los resultados que se derivan de la común naturaleza humana y de la igualdad de circunstancias sociales. Tales similitudes, cualquiera que sea su explicación, constituyen el origen de los interesantes estudios de la *Legislación Comparada ó Jurisprudencia Comparativa*.

El concepto y la función de esta nueva rama de la Jurisprudencia no se hallan, todavía, bien determinados. Se la considera por muchos como una ciencia práctica, como una nueva forma del Arte de la Legislación, que compara las leyes nacionales con las extranjeras, para tomar ideas é introducir reformas. Bajo este aspecto, no

obstante su importancia, el estudio comparativo no es, sin embargo, una ciencia autónoma, es tan sólo un método necesario de la Política Jurídica. El verdadero carácter de la Legislación Comparada es el de una ciencia descriptiva que no se ocupa de lo que deben ser las leyes sino de lo que son en realidad. La descripción de las instituciones no termina al exponer el derecho de los diversos pueblos considerados separadamente. Necesita completarse con la descripción comparativa. Cada Estado tiene elementos jurídicos indígenas originales; pero que están implantados sobre un fondo de ideas legales comunes á ese pueblo y á otros. Las legislaciones de los pueblos pertenecientes á un grupo de civilización son como las diversas ediciones de un libro. Si bien las necesidades de la práctica establecen una separación total entre la ley nacional y la extranjera, en cambio la ciencia las reúne y estudia el tipo más que las variaciones. Cada Estado soberano tiene sus leyes *propias*, en el sentido de que son dictadas por él y que sólo ellas imperan dentro del círculo de su soberanía, pero esas leyes, en otro sentido, no le son *propias*, porque su materia, franqueando las fronteras, se extiende á todo un grupo de naciones. Bajo este aspecto, la división geográfica de la Ciencia del Derecho tiene mucho de artificial.

Aparece el primer resultado de la comparación clasificando las legislaciones en familias ó grupos, á saber: el grupo latino, el germánico, el anglo-sajón, el eslavo, el musulmán, etc.; sistemas jurídicos originales por su estructura general y su formación histórica. Las instituciones de una misma familia jurídica y aun las de varias familias ligadas entre sí por similitudes de cultura y de estado social, presentan rasgos comunes que pueden examinarse con prescindencia de las variaciones locales. Fórmase, así, un *tipo jurídico general*, un *derecho común* ó, si se quiere, *internacional* en un nuevo sentido, que representa el Derecho Positivo de muchos pueblos y que no es exactamente el de ninguno en particular. Si la comparación sólo incluye naciones de formación jurídica idéntica ó muy semejante, la eliminación de los elementos accidentales y locales dejará un importante residuo de legislación general, se obtendrá, según la frase de Edouard Lambert, «un robusto esqueleto de derecho común, rico en ramificaciones». Si, por el contrario, el examen comparativo se extiende á civilizaciones diversas, á agrupaciones muy distantes, resultará un tipo general de vasta comprensión, pero incoloro y vago. Pueblos de razas muy diversas y sin vínculos históricos presentan, sin embargo, instituciones semejantes y aún idénticas: así, por ejemplo, la propiedad territorial comunista con reparto periódico de tierras, es un tipo jurídico que se halla en casi todas las naciones y en todos los continentes. Se trata, entonces, de un tipo de institución que no corresponde á un grupo étnico, sino á un estado económico, á un grado de cultura, por el cual han pasado casi todos los grupos humanos.

La Ciencia comparativa que, como se ve, describe en forma sintética las instituciones, también las ordena y clasifica, formando series que revelan el desarrollo sucesivo de un tipo jurídico. Así, comparando las prácticas de diversos pueblos sobre la ruptura del matrimonio, forma el concepto general del *divorcio* y, dentro de esa noción, reúne los tipos jurídicos del repudio, el divorcio por justas causas, la separación de cuerpos, el divorcio por mutuo consentimiento; además, anota el orden histórico en que estas formas de separación se han producido y aun el orden en que deben colocarse respecto del gra-

do de desarrollo que cada una representa en la evolución del divorcio.

En todas estas funciones el derecho comparado se sirve de la Historia y de la Etnografía jurídicas y del Derecho Positivo contemporáneo. Sus confrontaciones se basan en datos tomados de todas las demás ciencias jurídicas descriptivas. Representa, así, la forma más compleja y difícil de la descripción jurídica.

Veamos, ahora, el objeto de las ciencias jurídicas *explicativas*. No se proponen mostrar lo que son las instituciones jurídicas, sino explicar por qué existen, á qué causas deben sus transformaciones y, en fin, cuáles son sus efectos sociales. Se quedaría á medio camino una ciencia que pretendiera sólo exponer, omitiendo explicar los hechos jurídicos. La Escuela Histórica de juristas alemanes y, después de ella, la Sociología contemporánea, han mostrado que el Derecho Positivo se vincula con la conciencia de la nación y con todos los factores de la civilización de los pueblos. No brota el derecho del cerebro de los legisladores, sino de las entrañas de la vida nacional. No produce los resultados que tuvieron en mente sus autores sino los que es inevitable que sobrevengan según las leyes de la naturaleza social.

Para hacer un estudio explicativo del derecho, es necesario, por lo tanto, examinarlo desde el punto de vista *sociológico* y tomarlo como un fenómeno que obedece á la causalidad universal. El *materialismo histórico* ve en la estructura económica la causa de la estructura jurídica. Las reglas legales son la expresión y el corolario del régimen de la riqueza. Piensan otros que el factor religioso, el moral, y el social, tienen parte en la elaboración jurídica. En todo caso, la causa del derecho no se encuentra, ó no se halla, sino parcialmente, en el derecho mismo. «Al modo que la planta, que en apariencia no absorbe nada de fuera, y recibe, sin embargo, su nutrición de la tierra y de la atmósfera, así todo derecho toma imperceptiblemente los elementos de su vida del mundo en que tiene sus raíces y de la atmósfera en que vive» (Ihering). La explicación del derecho ha de ser, pues, por fuerza, una explicación *sociológica*, es decir, que ha de mostrar las relaciones causales que guarda el derecho con las costumbres é ideas populares, con las condiciones de la raza, con el estado económico, con la religión y la cultura, con la estructura política, la forma de organización social, la geografía nacional, etc. Por esto, la nueva ciencia que aborda el problema explicativo del derecho, ha sido bautizada con el nombre de *Sociología Jurídica*, frase expresiva y adecuada que cuenta ya importantes adhesiones, principalmente en Francia.

El conocimiento explicativo se refiere, en primer lugar, al derecho de un país determinado, ó á alguna de sus instituciones. Se trata, en este caso, de conocer las causas y resultados de un proceso jurídico concreto, localizado, individual. En segundo lugar, igual operación científica puede emprenderse respecto del derecho común de varios pueblos, descrito por la Jurisprudencia Comparativa. Así, el divorcio, el juicio por jurados ó el gobierno parlamentario, son ejemplos de tipos jurídicos generalizados entre muchas naciones modernas, y cabe hacer una indagación sociológica sobre las causas que explican estas formas jurídicas y su difusión, sobre su funcionamiento y resultados, sin descender al particularismo nacional ó local. En fin, se puede tomar como punto de partida los conceptos jurídicos más generales á que puede llegar la ciencia del Derecho Comparado, como por ejemplo, las ideas de familia, matrimonio, propiedad, contrato, pena,

sin olvidar la más general de todas, la idea misma del derecho. La explicación sociológica reviste, entonces, el aspecto de una indagación abstracta sobre las leyes que presiden el origen y el desenvolvimiento del derecho en toda la humanidad ó, al menos, en todos los pueblos que no representan sus ínfimos grados de organización. Los escritores que admiten la existencia de una *Filosofía del Derecho*, piensan que á ella le corresponde esa tarea. Si nos inclináramos á abandonar la vieja Filosofía del Derecho y á distribuir entre diversas ramas de la ciencia los heterogéneos problemas que se intenta reunir bajo ese nombre, entonces el más propio que podría darse á aquellas elevadas investigaciones sería el de *Sociología Jurídica General*. Como preparación de esta ciencia existirían los estudios sociológicos particulares y comparados á que nos referimos primero. Estos estudios se asemejan á los de Historia, Legislación Comparada y Derecho Positivo, en que se refieren á hechos concretos, más ó menos individualizados por razón de la época y el lugar, y nunca á leyes abstractas. Por eso es, quizá, conveniente que en este terreno se asocien y marchen unidas la descripción y la explicación. Así, verbigracia, la Historia Jurídica puede, conjuntamente, indagar y descubrir las instituciones pasadas de un pueblo, por una parte, y demostrar, por otra, su enlace con las causas que las produjeron y con los efectos que de ellas se derivaron.

(Continuado).

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 7--AÑO XV

ALTA CORTE DE JUSTICIA.—*La denuncia de un delito no obliga al denunciante ni lo liga al procedimiento criminal, desde que presta un verdadero servicio á la comunidad al poner en conocimiento de las autoridades competentes, actos delictuosos que éstas están en la obligación de averiguar y castigar. El denunciante que justifica haber sido víctima de un robo, debe recibir el objeto robado sin ser obligado á pagar las costas causadas,* pág. 97.

DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES.—*¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?, por la señorita Myrthes de Campos,* pág. 98.

JURISPRUDENCIA:

El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales, pág. 100.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO, por Carlos Arana Santamaría, pág. 107.

OBJETO Y DIVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—*Leción dictada en la Facultad de Jurisprudencia de Lima, por el doctor Manuel V. Villarán,* pág. 109.

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

DE

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Cappelletti, Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernán, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE DICIEMBRE DE 1908

NUMERO 8

Derechos entre los cónyuges ⁽¹⁾

¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?

(Continuación)

POR LA SEÑORITA MYRTHES DE CAMPOS

(Doctora en Derecho del Foro brasileño)

Fundando el edicto del pretor, dice Ulpiano: (Dig., Lib. III, T. I, ley I, § 5.º) *Sexum, dum feminas prohibet pro aliis postulare et ratio quidem prohibendi, ne contra iudicium servi congruentem alienis causis se immisceant; ne virilibus officiis fungantur mulieres, y con referencia á la incapacidad para ejercer la magistratura, se encuentra el siguiente texto de Paulo: Moribus impediuntur femine et servi non quia non habent iudicium, sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur* (Dig., L. V., T. I, ley 12, § 11).

(1) Véase pág. 98, número anterior.

El jurisconsulto se refiere á mujeres y esclavos.

Completó la serie de restricciones, sobre la capacidad de la mujer, el Senatus consulto Velleiano, que es el producto y la sistematización de la jurisprudencia anterior. (1) La prohibición de interceder, hecha á las mujeres por Velleiano, no puede ser derivada de la inexperiencia ó de la debilidad del sexo: su verdadera causa era la supuesta necesidad de restringir la actividad de la mujer al hogar, la presunción de que «repugna á su función en la familia ó en la sociedad, ocupar cargos civiles», como hábilmente lo demuestra Gide en la introducción á su estudio sobre la incapacidad de la mujer casada en derecho francés.

Cualesquiera que fueren los verdaderos fundamentos del viejo Senatus consulto, lo cierto es que extinguido ya en algunas legislaciones modernas, en otras va progresivamente perdiendo su primitivo vigor. En buena hora permanezcan en nuestra práctica procesal los términos de renuncia de Velleiano siempre que la madre ó el abuelo asuman la tutela, como observa el doctor Bulhões Carvalho en su erudita monografía sobre el Senatus consulto Velleiano, no hay duda que en el derecho brasileño, la incapacidad femenina de intersección sufrió inmenso golpe con la disposición del artículo 94 del decreto número 181, de 24 de enero de 1890, que confiere á la madre mientras no pasa á segundas nupcias, la patria potestad.

(1) Gide.—Op. cit., pág. 16.

En resumen: el derecho romano, sin desconocer en la mujer capacidad natural para el ejercicio de funciones civiles, la sujetó a una incapacidad completamente ficticia, de que quedan felizmente raros vestigios, fuera del casamiento.

De los primitivos poderes que la dominaban en la familia: la patria potestad, la tutela, la *manus* y el poder marital, sólo éste logró implantarse en el derecho civil moderno.

Investigando y resumiendo en rápida síntesis la condición de la mujer, según las costumbres de los Germanos, la encontramos sujeta al *mundium*, expresión que designa poder sobre las personas. (1) A ella estaban subordinados todos los miembros de la tribu, incapaces de hacer uso de las armas, que representaban notable papel en la sociedad germánica interviniendo en todos los actos de la vida pública y privada.

Como en la guerra, tenían las armas una función importante, en la administración de la justicia, ejecutada en la asamblea del pueblo, compuesta exclusivamente de guerreros armados. El proceso era la imagen del combate, terminando muchas veces con un verdadero duelo (Simonnet, op. cit., pág. 3).

Resolviéndose todas las cuestiones por la lucha era inevitable la sumisión de los débiles. Las mujeres, las niñas y en algunas tribus, los viejos quedaban bajo el *mundium*, que era para las mujeres, perpetuo.

Competía al padre el *mundium* sobre la hija y por el casamiento pasaba al marido el *mundium*, que le confería derechos considerables sobre la persona y los bienes de la mujer. Adquiría la propiedad de sus bienes, y el derecho de corregirla y hasta de matarla.

Poco a poco se fué ablandando el despotismo del *mundium* marital, y en el caso de que hubiesen durado mucho tiempo las relaciones entre cónyuges, de autoridad y sumisión, las costumbres proporcionaban a la mujer una situación importante en el hogar y en la tribu. (2)

Ella acompañaba a los hermanos y al marido durante los combates, gobernaba la casa (*delegata domus et jentium et agrorum cur a feminis*) y llegaba a ser objeto de una consideración mística.

Las sacerdotisas, como intérpretes de la divinidad, eran consultadas y oídas religiosamente, antes de la pelea, ejerciendo así, una influencia moral, superior, en la guerra, a la que no podían materialmente concurrir.

Como la institución de la realeza, el *mundium* dejó de ser un poder ejercido en el interés del grupo familiar para ser un medio de protección a la mujer, realizado por el Estado. Comenzó entonces a debilitarse la tutela del sexo, pues, como juiciosamente observa Gide, desde que no se tiene más en vista el interés de la persona incapaz, se comprende que el verdadero interés de la mujer mayor es tener el libre y pleno ejercicio de sus derechos. Permaneció aún, como el desmembramiento de los grandes Estados, al cual sucedió el feudalismo, de carácter militar.

Pero, a medida que se fué haciendo menos necesaria la intervención de la fuerza y el feudalismo tomó carácter civil, fué desapareciendo la incapacidad de las mujeres, siéndole facultada la propiedad feudal, como los derechos correspondientes de justicia y de guerra que podían ejercer por medio de representantes ó por sí mismas, como sucedió muchas veces.

Los derechos de *suzeraineté* concedidos a las mujeres estaban en verdadera oposición con la incapacidad para

el ejercicio de las *Officios viris*, creada por el derecho romano, y el respeto a la mujer viniendo de las costumbres de la Germania debería encontrar una verdadera elevación en las doctrinas igualitarias de Cristo que ya habían suavizado el derecho de Roma, abatiendo el despotismo de la patria potestad y traían a su benéfica influencia la belicosa sociedad medioeval.

Funciones judiciales fueron ejercidas por mujeres, como Mahaut que figuró entre los pares de Francia; Blanca, condesa de Champagne, cuya decisión arbitral en una cuestión entre la Orden de los Cistercienses y la de los Templarios fué mandada ejecutar por el Papa Inocencio III, y muchas otras que desempeñaron notables papeles en el ejercicio de cargos que parecía debían ser un privilegio masculino.

En la enseñanza universitaria figuraban mujeres ilustres: la Universidad de Salerno tuvo entre sus profesores una médica; (3) en la Universidad de Bolonia se distinguieron: Dotta, hija de Accursius que fué lectora de Derecho, y Bettina y Novella, hijas de Juan d'André el más célebre procesalista de la Edad Media, también lectoras de Derecho Canónico siendo Novella, sustituta de su padre en la enseñanza. (4) Pero a todos esos progresos debía suceder el Renacimiento; los nuevos estudios de derecho romano aplicado inoportunamente restauraron la incapacidad jurídica de la mujer retrogradando hasta el *senatus consulto Velleiano*, atenuado, sin embargo, por el uso de las *cautelle Velleiani*.

Innovaciones inspiradas en un pedantismo visible y difícilmente aceptadas (5) como fueran las introducidas por los fanáticos intérpretes de las Pandectas, no se pudieron mantener y poco a poco se fueron disipando hasta que la tutela femenina quedó reducida al casamiento, donde se conservó como inatacable hasta que el espíritu luminoso de Condorcet, en el período agitado de la Revolución francesa, procuró reparar la injusticia clamorosa de la inferioridad social y jurídica de la mujer que llevaba al extremo en el casamiento proporcionó a los Tribunales franceses la apreciación de las más absurdas y hasta ridiculas cuestiones, como en 1689 la del duque de Mazarino con su mujer la riquísima Hortencia de Mancini, cuyo principal atractivo para el ejercicio del poder marital era sin duda su grande fortuna.

Habiendo la duquesa abandonado el domicilio conyugal fué por dos veces obligada judicialmente a volver, logrando por fin evadirse con la complicidad de los criados.

Después de innumerables peripecias en que figuró como su celoso protector legal, vino a fallecer, y «il, n'ayant pu l'avoir vivante, l'eut morte».

Haciendo abusiva aplicación de una disposición canónica, *unaquaque mulier sequatur virum suum sive in vita, sive in morte*, el extravagante Duque viajó acompañado del cadáver de su mujer hasta que le fué prohibido el macabro vagabundear. (6)

Las teorías de Condorcet encontraron un refugio momentáneo en la Convención por medio del proyecto del Código Civil, presentado por Cambacères, contrario a la autoridad marital, pero no triunfaron. Como la sustitución del proyecto, realizada por el propio autor, se mantuvo al principio de la autoridad marital, que a través de la época de la Revolución francesa, propagadora de los grandes principios de libertad y de igualdad, y fué defi-

(1) Jeanne Chauvin: «Études Historiques sur les Professions Accessibles aux Femmes», pág. 167.

(2) Frank: «La Femme Avocat», pág. 61.

(3) Lyon-Caen: «La Femme Mariée Allemande», pág. 39.

(4) Munier Jolain: «Vieux Procès de Femmes», cit. por Durand «L'Automatisme Marital», págs. 55 y 57.

(5) Simonnet: «Le Mundium dans le Droit de Famille Germanique», pág. 2.

(6) Lyon-Caen: «La Femme Mariée Allemande», págs. 16 y 17.

nitivamente confirmado, al influjo de las doctrinas de Napoleón el aventurero feliz, según Teófilo Braga, 6 más bien el aventurero retrógrado que sonó la monarquía universal al alborar del siglo XIX.

El Código Civil de 1804 experimentando la influencia despótica del guerrero que consideraba á la mujer como propiedad del hombre y sólo le daba valor, como medio para la conservación de la especie, sin duda para contrabalancear los efectos de su militarismo feroz y destructor, estableció la incapacidad de la mujer casada basado en la superioridad masculina y en la idea romana de la inexperiencia y de la debilidad del sexo, como se desprende de las opiniones de juristas consultos exteriorizadas á propósito de la codificación del derecho civil francés y de la regla de autorización especial del marido para que la mujer pueda practicar cualquier acto jurídico, partiendo de la suposición de ser siempre necesaria á su asistencia, admitida por ello la plena capacidad de la mujer mayor de edad, soltera, divorciada ó viuda, creó el Código entre la condición de la mujer casada y la de la mujer libre, un verdadero contraste característico del derecho moderno.

No se encuentra semejante divergencia en el derecho romano que determinaba la incapacidad jurídica de todas las mujeres, ni en el derecho germánico en que el poder marital era una aplicación particular del *mundum* ejercido perpetuamente sobre todas las mujeres. (1)

La innovación tan poco ventajosa para el sexo femenino fué combatida no sólo por filósofos, sino por juristas: Laurent en *Avant projet* del Código Civil belga rechaza la desigualdad y para remediarla conservando el régimen de comunidad de bienes, propone la división de la administración que salvo la parte teórica muy equitativa; hace adquirir derechos á los ataques que ha sufrido por las dificultades prácticas que podrían producir.

Búscase entonces justificar el poder marital por la necesidad de unificar la administración de la sociedad conyugal en beneficio de las condiciones, ora morales, ora pecuniarias de la familia. Dada, por ello, la hipótesis de que la unidad reclamada y tan valiosa, sea siempre como lo ha sido hasta ahora, al marido, no sería coherente que en vista de su superioridad consagrada por la ley, le fuese facultada la posibilidad de dar á la mujer una autorización general que modificase la incapacidad.

Pero el rígido principio de orden público á que se sujeta la autoridad marital fué organizado de modo que impidiese tal concesión permitida en otras circunstancias por el Código italiano.

Todavía el decantado principio de unidad, de administración representada por el hombre deja de existir del punto de vista de las relaciones pecuniarias entre esposos cuando por contrato antenupcial se da el régimen de separación de bienes, con la disposición permitida en nuestro derecho, de ser administrados por la mujer ó sus bienes propios (Carlos Carvalho, Cons., artículo 1509).

En la legislación brasileña, cualesquiera que sean los fundamentos presentados para el poder marital, es incontestable por su origen en el deber de subordinación impuesto á la mujer por los principios á que nos hemos referido en el Derecho Romano, donde se inspiraron las ordenanzas del reino que también contienen el costumbre origen del Derecho Germánico, ó del Norte, del semítico, árabe ó hebreo bajo la influencia del derecho canónico. (2)

La reunión de estos elementos no podría dejar de dar por resultado la inferioridad y la sumisión femeninas, concentradas en el casamiento. No sólo los términos de la ordenanza justifican nuestra conclusión, sino hasta las consideraciones filosóficas de Laffayette, á propósito de los derechos especiales concedidos á la mujer casada: La posición de *ente más débil* y de *compañera subordinada* que ocupa la mujer en la sociedad conyugal, le da ciertos derechos especiales, los cuales tienen por objeto garantizar los intereses sagrados que se enlazan enteramente con su persona y con su dignidad. (3)

En otra parte de su valioso libro «Derecho de Familia» alude el jurista consulto á la conveniencia de la unidad de dirección de la sociedad conyugal, refiriéndose además á la superioridad de las aptitudes masculinas.

«No podría la sociedad conyugal subsistir regularmente si el poder de dirigir la familia y regir sus bienes, no estuviese concentrado en *uno solo de los cónyuges*. Sin esta creación surgirían diariamente conflictos que, no hallando una solución rápida, mantendrían en el seno de la familia constantes perturbaciones.

«De esta necesidad resulta la formación del poder marital, cuya denominación proviene de haber sido exclusivamente confiado al marido como *el más apto por los atributos de su sexo para ejercerlo*». (4)

Siempre que se trata de saber la verdadera razón del poder marital, se observan las discrepancias entre los juristas y las dificultades en que ellos se encuentran en general, para exponerla y defenderla por ante la organización social moderna.

No pudieron evitar semejante dificultad los intérpretes de nuestro derecho, como Laffayette, cuya explicación vacila entre la inferioridad de la mujer conforme á la vieja teoría romana, y la unidad de dirección de la sociedad conyugal.

¿Y cómo es difícil comprender la aproximación de ideas tan opuestas como las de la inferioridad y subordinación y la de la asociación cuando la igualdad es el elemento fundamental de las asociaciones! No hay inferioridad entre consociados: existe apenas división de atribuciones resultante de un común acuerdo, no de imposición de la ley como acontece en la sociedad conyugal, cuya organización excepcional mereció severa crítica de Stuart Mill, quien llegó á considerar el casamiento como la única esclavitud mantenida por las leyes.

Como un poder protector presenta Clovis Bevilacqua, la autoridad marital (5) que no siendo absoluta, esto es, permitiendo que la mujer ejerza algunos derechos, es sin embargo, irrevocable é inalterable como principio de orden público, dando lugar además á la incapacidad civil de la mujer casada.

¿Y la protección dispensada al incapaz no será una prueba de su inferioridad natural?

Si la ley faculta la asistencia de tutor ó de curador á los actos de los menores y de los locos, es para suplir su incapacidad natural. Igualmente la curatela de los pródigos está basada en su estado particular de ineptitud para regir la fortuna, obedeciendo en la práctica de sus actos á impulsos irresistibles que caracterizan un desequilibrio mental, como lo sostuvo brillantemente el doctor Nina Rodríguez (6)

En suma: el poder marital es la confirmación de un hecho basado primitivamente en la fuerza y en la vio-

(1) «Derecho de Familias», § 40.

(2) Laffayette, op. citada, § 38.

(3) «Derecho de Familias», pág. 182.

(4) Proyecto del Código Civil, trabajos de la Cámara de Diputados, vol. II, pág. 309.

(5) Senger: «Union des Biens et regime matrimonial legal suisses», pág. 14.

(2) Carlos de Carvalho, op. cit. C.

lencia, en la apropiación grosera de la mujer, en consecuencia del salvajismo de los primeros tiempos de la existencia humana. Vestigio de la aspereza de las antiguas costumbres, en que faltando la noción del derecho, recurriase á la fuerza, el poder marital se fué poco á poco modificando hasta adquirir una forma benévola, forma de protección que se extinguirá fácilmente con el reconocimiento de la capacidad natural de la mujer, para el desempeño de elevadas funciones sociales.

El derecho al trabajo consistente en la posibilidad de ejercer cualquier profesión para la que sea apta, emancipándola desde el punto de vista económico, y atribuyéndole una individualidad distinta, la emancipará de cualquier poder tutelar, y la anomalía jurídica de la incapacidad de la mujer casada será eliminada de todas las legislaciones.

En el derecho brasileño vigente, á pesar de mantenido el principio injusto de incapacidad, se observan tendencias favorables á la condición de la mujer, á quien le son facultadas ciertas garantías en la sociedad conyugal, como se desprende del decreto 181 del 24 de enero de 1890.

Son deberes de los cónyuges:

- a) Fidelidad recíproca;
- b) Vida en común en el domicilio conyugal;
- c) Mutua asistencia. (1)

El deber de fidelidad es igualmente impuesto á los cónyuges, conforme al artículo 82 § 1.º del decreto número 181 que admite como causa de divorcio, el adulterio, sin hacer especial referencia á la mujer, en lo que difiere por completo del Código Penal que considera la infracción conforme al sexo del delincuente.

Dice el artículo 279 que «la mujer que cometiera adulterio, será castigada con la pena de prisión celular de uno á tres años, y que en igual pena incurrirá el marido que tuviera concubina poseída y mantenida». Es por consecuencia punible el adulterio de la mujer en cualquier condición que se presente, mientras que el adulterio masculino sólo es punible cuando se manifiesta por un concubinato público, lo que quiere decir que es bastante que el hombre sea un poco cauteloso para tener garantida la impunidad de sus faltas.

No nos compete discutir ahora la represión del adulterio á que nos referimos únicamente para hacer resaltar el contraste entre la legislación civil y la legislación criminal y para señalar los vestigios de la barbarie sobre la condición jurídica de la mujer.

(Continuará).

Art. 2.º Los Intendentes Municipales serán nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, ó, en su receso, con el de la Comisión Permanente, y durarán en el ejercicio de sus funciones el período normal de cada Junta, pudiendo ser reelectos.

En caso de afección del puesto por muerte, renuncia ó destitución del titular, el nuevo Intendente que se designe ocupará el cargo por el período complementario.

Art. 3.º En los casos de enfermedad, ausencia, suspensión ó afección, hasta tanto se designe nuevo Intendente, ejercerá provisoriamente funciones de tal, el Presidente en ejercicio de la Junta.

Art. 4.º Los Intendentes deberán tener las mismas condiciones que la Constitución exige para poder ser miembro de las Juntas Económico-Administrativas.

Art. 5.º Los Intendentes cesarán en sus funciones:

Por resolución del Poder Ejecutivo dictada de oficio ó á solicitud de las Juntas respectivas, por las causas y con los requisitos establecidos en el artículo 81 de la Constitución.

En los casos menos graves el Poder Ejecutivo podrá adoptar las medidas disciplinarias establecidas por las disposiciones vigentes, para corregir la conducta irregular de los Intendentes.

Art. 6.º Los Intendentes gozarán de la remuneración que fijen los respectivos presupuestos.

En tanto no se sancionen éstos, tendrán las asignaciones siguientes:

Intendente de la Capital: anual 4,000 pesos y 2,400 pesos para gastos de representación y locomoción.

Intendentes de Canelones, Salto, Paysandú, Colonia, Soriano, Rivera, San José y Florida: anual 2,400 pesos y 600 pesos para gastos de representación y locomoción.

Intendentes de Durazno, Minas, Artigas, Cerro Largo, Rocha, Treinta y Tres, Maldonado, Río Negro, Tacuarembó y Flores: anual 2,400 pesos y 300 pesos para gastos de representación y locomoción.

Art. 7.º Los Secretarios gozarán de las siguientes dotaciones anuales: Secretario del Intendente de la Capital, 2,400 pesos; Secretarios de las Intendencias de Canelones, Salto, Paysandú, Colonia, Soriano, Rivera, San José, Florida, Durazno, Minas, Artigas, Cerro Largo, Rocha, Treinta y Tres, Maldonado, Río Negro, Tacuarembó y Flores, 840 pesos.

CAPÍTULO II

DE LAS ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL INTENDENTE

Artículo 8.º Son atribuciones y deberes del Intendente:

- 1.º Ejecutar y hacer cumplir las decisiones de la Junta.
- 2.º Promulgar y publicar las ordenanzas sancionadas por la Junta, dictando los reglamentos y resoluciones que estime oportuno. La publicación debe hacerse en un periódico de la localidad, y á falta de éste en cartel fijado en la puerta exterior de su oficina.

La ordenanza se reputará válida cinco días después de su publicación, salvo los casos en que la misma ordenanza establezca otro término.

- 3.º Observar en el término de cinco días las ordenanzas que estime ilegales ó inconvenientes, pero si insiste la Junta, por dos tercios de votos del total de sus miembros, el Intendente promulgará sin más trámite la ordenanza.

Ley de Intendencias Municipales

Poder Legislativo.

El Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, decretan:

CAPÍTULO I

DE LOS INTENDENTES

Artículo 1.º Créase el Departamento Ejecutivo en las Juntas Económico-Administrativas, el cual será desempeñado por un funcionario con el título de Intendente Municipal.

(1) Carlos de Carvalho: «Consolidación», artículo 1469.

Tratándose de la facultad constitucional á que se refiere el inciso 4.º del artículo 12 de la Ley Orgánica de Juntas, el Intendente ejecutará sin observación alguna lo que la Junta resolviera. El cualquier otro caso de discordancia entre la Junta y el Intendente resolverá el Poder Ejecutivo.

Si transcurridos los cinco días la ordenanza no fuera observada ni promulgada, se considerará en vigencia, pudiendo la Junta hacer la publicación respectiva.

- 4.º Proponer al Poder Ejecutivo el nombramiento de Secretario, el cual tendrá carácter de amovible, el de Subintendentes y demás empleados de la Administración Municipal con excepción de los que corresponda nombrar á la Junta.
 - 5.º Imponer á los empleados las medidas disciplinarias de carácter general y las que establecen los reglamentos internos.
 - 6.º Presentar á la Junta antes del 1.º de marzo de cada año el proyecto de presupuesto y cálculo de recursos, y los proyectos de ordenanzas que se refieran al mismo, así como la cuenta de inversión de la renta del año precedente.
- La Junta no podrá proyectar empleos ni aumentar sueldos que no proponga el Intendente, excepto el caso á que se refiere el artículo 16, inciso 1.º.
- 7.º Presentar á la Junta antes de la clausura de su período de sesiones de cada año, una memoria de los trabajos efectuados y del estado general de la administración y un plan de trabajos para el año.
 - 8.º Representar á las Juntas en sus relaciones oficiales con los Poderes del Estado y sus dependencias por intermedio del Ministerio del Interior.
 - 9.º Presentar á la consideración de la Junta proyectos de ordenanzas acompañados de los mensajes que los funden.
 10. Convoacar á la Junta á sesiones extraordinarias por motivos urgentes ó siempre que lo pidan tres de sus miembros.
 11. Celebrar contratos de obras ó autorizar trabajos dentro del Presupuesto, atendiendo preferentemente al plan aprobado por la Junta; debiendo observar á este respecto lo dispuesto por la Ley Orgánica de Juntas en el artículo 14 é incisos 2.º y siguientes del artículo 15.
 12. Imponer las multas que las leyes y ordenanzas estatuyan.
 13. Celebrar contratos sobre la administración de las propiedades inmuebles, arrendamientos y utilización de bienes municipales ó confiados á las Juntas, debiéndose tener presente lo establecido en el artículo 46 de la Ley Orgánica de Juntas en lo que sea pertinente.
 14. Dar á la Junta por escrito los informes y datos que requiera.
 15. Concurrir á las sesiones de la Junta cuando lo juzgue oportuno y ella lo requiera y tomar parte en sus deliberaciones, pero sin derecho á votar.
 16. Ejercer la superintendencia de todos los establecimientos, oficinas, servicios, empleados y obras municipales, y dictar reglas ó providencias para el régimen interno y económico de aquéllos.
 17. Expedir la orden de pago para los gastos y sueldos y otros previstos en el Presupuesto, los que serán refrendados por el Secretario y se ajus-

tarán á las disposiciones vigentes sobre contabilidad.

18. Vigilar el fiel cumplimiento del Presupuesto y la recaudación de las rentas.
 19. Calificar las fianzas de los empleados municipales que deban prestarla.
 20. Hacer practicar mensualmente un balance con arreglo de todas las Cajas y ordenar su publicación inmediata por la prensa, ó, á falta de ésta, en tableros expuestos al público.
 21. Expedir las órdenes con su firma y la del Secretario, y tomar todas las medidas que para su cumplimiento establezcan las ordenanzas.
 22. Ordenar el allanamiento de domicilios particulares cuyos ocupantes se nieguen á cumplir leyes, ordenanzas ó decretos referentes á higiene, moralidad ó seguridad, á efecto de hacerlas cumplir.
- El allanamiento deberá fundarse en informes circunstanciados de las oficinas técnicas municipales y se hará efectivo con el auxilio de la policía y de acuerdo con lo que determinan la Constitución y las leyes.
23. Decretar la desocupación ó la clausura de casas, negocios ó establecimientos industriales, en los casos que, por razones de higiene, moralidad ó seguridad pública, las ordenanzas autorizaren estas medidas.
 24. Confiscar ó destruir las sustancias alimenticias que, según los informes de las oficinas técnicas, se encuentren contaminadas ó adulteradas, no procediendo la indemnización en el caso de que la adulteración ó contaminación de las sustancias resulte de un procedimiento fraudulento.

Art. 9.º Las resoluciones del Intendente son apelables en el término de diez días en el Departamento de la Capital, y veinte días en los demás Departamentos, en la forma que establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Juntas, siguiéndose el procedimiento en dicha ley establecido.

CAPÍTULO III

DE LOS SUBINTENDENTES

Artículo 10. Autorízase al Poder Ejecutivo á ubicar y proveer hasta veinte Subintendencias de primera clase y otras tantas de segunda clase. Las primeras tendrán la dotación anual de 720 pesos y 240 pesos para gastos de locomoción, y las segundas 480 pesos de sueldo anual y 180 pesos al año para gastos de locomoción.

En las localidades á donde no alcance la jurisdicción de un Subintendente, ejercerán las funciones ejecutivas de las Comisiones Auxiliares los Presidentes de las mismas.

Art. 11. Los Subintendentes tendrán en sus respectivas jurisdicciones las mismas facultades y deberes correspondientes á los Intendentes, debiendo considerarse como delegados de éstos en el desempeño de su cometido y estando con respecto á las Comisiones Auxiliares en la misma relación en que quedan colocados los Intendentes con relación á las Juntas.

Art. 12. Las Subintendencias durarán en el ejercicio de sus funciones el período normal de cada Junta.

CAPÍTULO IV

DE LAS JUNTAS

Artículo 13. Las Juntas Económico-Administrativas conservarán su carácter de Consejo Deliberante en virtud de lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución, las atribuciones que les acuerda aquélla y la Ley Orgánica de Juntas.

Art. 14. Tendrán, además, facultad para:

- 1.º Nombrar su Secretario y demás empleados de su inmediata dependencia.
- 2.º Designar una Comisión de examen de cuentas de la Administración Municipal.
- 3.º Nombrar Comisiones para que las informen sobre la marcha de la Administración Municipal.

Art. 15. En caso de acefalía, absoluta ó parcial de las Juntas Económico-Administrativas, el Poder Ejecutivo podrá designar una Comisión Económico-Administrativa, ó integrarla hasta que se resuelva nuevo llamado á elección.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 16. Los primeros Intendentes y Subintendentes desempeñarán sus funciones hasta el 1.º de enero de 1911.

Art. 17. Los primeros Intendentes deberán proyectar en el término de tres meses, á contar de la fecha de su nombramiento, las reformas urgentes que consideren necesarias para el mejor servicio público, poniéndolas en conocimiento de la Junta. Estas formularán dentro de un mes las observaciones que consideren convenientes, debiendo dentro de ese plazo devolver el proyecto á fin de que sea elevado al Poder Ejecutivo.

Art. 18. Los miembros de las Juntas cesarán en el ejercicio de las funciones de Directores que les atribuye el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Juntas.

Art. 19. Suprimense los gastos de representación y locomoción que la Ley de Presupuesto vigente asigna al Presidente y Directores de la Junta Económico-Administrativa de la Capital.

Art. 20. El Poder Ejecutivo propondrá á la Asamblea General, y dentro del término de seis meses, un proyecto de ley referente á la organización de las Juntas Económico-Administrativas.

Art. 21. La dotación del Secretario de la Junta Económico-Administrativa de la Capital se reduce á cien pesos mensuales.

Art. 22. Quedan derogadas todas las disposiciones que no estén de acuerdo con las establecidas en la presente ley.

Art. 23. Comuníquese, etc.

Sala de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, en Montevideo, á 7 de diciembre de 1908.

EMILIO AVEGNO,

1.º Vicepresidente.

M. Magariños Solsona,

1.º Secretario.

Ministerio del Interior.

Montevideo, diciembre 18 de 1908.

Cúmplase, acétese recibo, comuníquese, publíquese é insértese en el R. N.

WILLIMAN.

B. FERNÁNDEZ Y MEDINA.

Jurisprudencia

El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales. (ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL). (1)

(Conclusión)

Excmo. Señor:

Evacuando el traslado conferido de la expresión de agravios producida por el actor, y concluyendo para definitiva, á V. E. digo:

Que siendo, como es, completamente arreglado á derecho el fallo recurrido por la contraparte, no es dable esperar que sea revocado por V. E.,—cuya rectitud y cuya ilustración son la mejor garantía de que prevalecerán en el caso las soluciones legales. Ese fallo debe, por el contrario, ser *confirmado con costos*, no sólo porque tiene un sólido fundamento en la ley, que lo hace inconvencible, sino además porque representa en el fondo de las cosas una solución cuya equidad demuestran las páginas de este proceso con toda elocuencia.

I

En el alegato de bien probado corriente á f. 115, después de demostrar de una manera concluyente que la parte actora no había cumplido con la obligación que le incumbía de justificar plenamente todos los hechos en que basó su demanda,—observé que *toda, absolutamente toda la asistencia cuyo pago reclamaba en ella, estaba prescripta*,—no obstante lo cual cumpliendo un deber de conciencia, me limitaba á oponer la excepción correspondiente sólo respecto de la parte de esa asistencia anterior al 23 de agosto de 1904, que en realidad no había pago mi poderdante.

En la sentencia recurrida el señor Juez *á quo* aceptó, como era de esperarse, la defensa de mi parte basada en la prescripción extintiva de dos años que opuse respecto de la asistencia anterior al 23 de agosto de 1904, sin hacerse cargo en la misma sentencia de los argumentos que aduje en el propio escrito para justificar que también la asistencia posterior á esa fecha estaba

(1) Véase pág. 100 del número anterior.

igualmente prescripta, no porque careciesen esos argumentos de alcance jurídico, como lo expresa erróneamente el adversario, sino porque habiendo aceptado el señor Juez *á quo* la doctrina á que responden los artículos 1197 número 3 y 1200 del Código Civil, según los cuales la prescripción corre desde que se practica cada visita ó operación, sin que el hecho de continuarlas ó repetirlas la interrumpa—era ocioso ocuparse de la otra parte de mi concluyente demostración tendiente á demostrar que aún en el supuesto de que el término de dos años hubiera de contarse desde el fallecimiento de la señorita G., aún así, la prescripción se había consumado también,—no obstante lo cual estaba mi parte dispuesta á pagar parte de esos servicios prescriptos, sólo para dar una prueba cumplida de la lealtad, de la buena fe y hasta de la generosidad con que procedía en un caso en que la misma enormidad del reclamo hubiera aconsejado como represalia, llevar hasta sus límites extremos el derecho de defensa, sin contemplación alguna.

La solidez de toda la argumentación contenida en el párrafo V de aquel alegato (f. 124 vta.) es tan grande que ha podido sufrir sin conmoverse en lo más mínimo la refutación tan inteligente como artificiosa y falsa que contiene la expresión de agravios en traslado, que es, sin duda alguna, la obra de un artista de la palabra y del pensamiento, pero que está muy lejos de ser un documento propio para convencer á magistrados expertos, conocedores de la ciencia del derecho á quienes no es posible engañar con fuegos de artificio.

La tarea de mi defensa resulta, pues, simplificada en esta instancia. Apenas si se preocupará, en el menor número de páginas que sea posible, de evidenciar que las doctrinas jurídicas extranjeras con que pretende el adversario oscurecer y complicar el presente debate, no son las que se encarnaron en nuestro derecho positivo, y que por lo tanto todo cuanto dice en el escrito en traslado está refutado por tres líneas del articulado de nuestro Código Civil, me refiero al inciso 3.º del artículo 1197, cuyo texto es claro, expreso é inequívoco, como lo declara en la sentencia apelada el señor Juez *á quo*, á quien trata mal el contrario (f. 157) sin motivo alguno, suponiendo arbitrariamente que el *decoro* (sic) de la Magistratura está en darle la razón en un caso en que, sin duda alguna, no la tiene!

Es verdad que esta es la segunda vez que la defensa contraria se empeña en el triunfo de sus doctrinas extranjeras, pretendiendo que prevalezcan sobre el texto de la ley positiva recordada; pero esa consecuencia con el error no puede serle llevada en cuenta sino para abonarle su buena fe y eso dentro de ciertos límites, supuesto que en el caso que menciona (doctor don L. B. con sucesión M. B. de G.) publicado en LA REVISTA DE DERECHO, el éxito no correspondió á sus esfuerzos en ninguna de las instancias del proceso, — circunstancia esta que habría obligado á rectificar juicios, buscando nuevos argumentos, en lugar de reproducir los antiguos que no decidieron entonces al Tribunal de Apelaciones á renovar el fallo del primer Juez, á pesar de la reconocida experiencia é ilustración de los Magistrados que lo componían, doctores Fein, Vázquez y Salvañach!

Se empeña la contraparte en interpretar el inciso 3.º del artículo 1197 del Código Civil, en que se basa la excepción de prescripción opuesta sobre la asistencia reclamada por el actor con fecha anterior al 23 de agosto de 1904, y es desde luego contra esa arbitrariedad que formuló una protesta en que me acompañará V. E., estoy seguro de ello, velando por el respeto que merece la ley, cuyo texto singularmente expreso y claro exclu-

ye—en este caso al menos—toda interpretación antojadiza á base de doctrinas formadas sobre el alcance de leyes distintas de las nuestras.

«Cuando el sentido de la ley es claro,—dice el artículo 17 del Código Civil,—no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu, y no debe olvidarse jamás esa regla, que Laurent quiere que se inscriba en todas las obras de derecho y que se grave en todas las cátedras en que se enseña Jurisprudencia. No hay ninguna, agrega el mismo autor, que sea á la vez más importante y más evidente y que, sin embargo, estén los intérpretes más dispuestos á desconocer. ¡Cuántas veces se hace prevalecer el espíritu de la ley, contra un texto claro y formal! ¡Cuántas se violenta la letra para hacer decir al legislador lo contrario de lo que ha dicho realmente! Se contraría así en definitiva, la voluntad del legislador, aparentando respetarla y se viola la ley con el pretexto de interpretarla». Tomo I, número 273.

Esa es precisamente la tarea que se tomó la defensa contraria, en el alegato que contesto, con un empeño digno de mejor causa y una erudición que es lástima ver tan mal empleada, aunque ponga en evidencia la ilustración de su autor. Va á verlo V. E.

El punto relativo á la prescripción de honorarios médicos está legislado en nuestro Código y en el Francés de la manera siguiente:

CÓDIGO ORIENTAL

Artículo 1197 (número 3): «Se prescribe por dos años la obligación de pagar: A los médicos, cirujanos, obstetras y boticarios, sus visitas, operaciones y medicinas, «CORRIENDO EL TIEMPO DESDE EL SUMINISTRO DE ESTAS Ó DESDE QUE TUVIERON LUGAR AQUÉLLAS.»

CÓDIGO FRANCÉS

Artículo 2272 (inciso 2.º): «La acción de los médicos, cirujanos, parteras y boticarios, por sus visitas, operaciones y medicamentos, se prescribe por dos años».

Un examen rápido revela una diferencia notable entre ambos textos legales,—tan notable como capital—es á saber la de que en el texto francés NO SE EXPRESA DESDE CUÁNDO SE CUENTA EL TÉRMINO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LAS VISITAS Y OPERACIONES hechas por los médicos, MIENTRAS QUE EL COMIENZO DE ESA PRESCRIPCIÓN ESTÁ EXPRESAMENTE INDICADO EN NUESTRO ARTÍCULO CON UNA PRECISIÓN DE LENGUAJE VERDADERAMENTE ADMIRABLE.

Pues bien, ¡Oxmo, señor: á pesar de que nuestro Código, llenando un vacío señalado por la doctrina en el Código de Napoleón,—fija el comienzo de la prescripción desde que se verificaron las operaciones ó visitas cuyo cobro persigue el médico,—el contrario sostiene que ambos textos legales son idénticos y que dicen lo mismo en el fondo, lo cual, como se comprende bien, constituye un cargo contra nuestro legislador á quien se le imputa, gratuitamente por cierto, haber agregado al texto francés algo más de una docena de palabras inútiles!

Semejante imputación, dirigida contra el sabio autor de nuestro Código Civil, es una verdadera irreverencia. Cuando el doctor Narvaia redactó nuestro Código conocía perfectamente bien todas las controversias más importantes originadas por el articulado del Código Civil francés y los vacíos que la crítica jurídica había señalado en él, y por lo tanto, cuando al llegar al artícu-

lo 1197 se separó de ese Código y del chileno (artículo 2521) que fueron las fuentes principales de que se sirvió, para adoptar la redacción del Proyecto de Goyena (artículo 1972) debe suponerse que la elección no fué el fruto del azar ó del capricho, sino que respondió al propósito de evitar que se reprodujera entre nosotros esa controversia sobre el cómputo de la prescripción que traía divididos á los comentaristas franceses!

El propósito evidente del agregado es *fixar el comienzo de la prescripción* y no es admisible, por lo tanto, el argumento de que el artículo diga y signifique lo mismo con el agregado ó sin él. Eso es, sin embargo, lo que pretende el adversario, explotando al efecto el plural usado en nuestro artículo (f. 150).

Se sostiene que el uso del plural denota que el legislador se refiere no á cada visita del médico, sino á todas ellas en conjunto y que, por lo tanto, debe sustituirse la palabra *visitas* por la de *asistencia* para alcanzar el verdadero sentido del precepto legal é interpretarlo fielmente.

Este sistema de *cambiar palabras* en los textos legales será, sin duda, muy cómodo y expeditivo, pero debe reconocerse que es, en cambio, muy poco correcto y de todos modos inaceptable. Podría, desde luego, observarse que si el legislador hubiese querido que el comienzo de la prescripción arrancara del fin de la asistencia del enfermo—*nada le costaba decirlo*—y que el solo hecho de referirse sólo á las visitas denota el propósito de *no tomar la terminación de la asistencia*, como principio de la prescripción, en lo que, por otra parte, ha hecho muy bien, porque los médicos no se ajustan ni contratan para asistir al enfermo hasta el fin de la enfermedad, sino que cobran sus servicios *por visita, presentando sus cuentas sin esperar la terminación de la asistencia*, como lo ha hecho en el caso el propio doctor V. presentando sucesivamente varias cuentas durante la enfermedad crónica de que padecía la extinta señorita L. G., dos de las cuales puede V. E. ver originales á fs. 70 y 81.

Precisamente, repito, la práctica constante de casi todos los médicos de esta Capital es pasar sus cuentas de asistencia *mes á mes*, algunos, lo menos, lo hacen cada seis meses y sólo por rara excepción se da el caso de que se envíen á fin de año, pero todo ello nada influye respecto de la exigibilidad legal del crédito respectivo, porque la costumbre no constituye ley, y la ley establece que en todos los casos la prescripción se cuenta desde que *tuvieron lugar las visitas*, porque desde el día ó días en que se practicaron (el plural nada significa) la deuda es exigible (inciso 2.º del artículo 1190 del Código Civil). Es por ello, que los tribunales españoles han declarado que no deben tenerse en cuenta para la determinación del momento en que debe empezar á correr el término de la prescripción, para la computación del mismo, ninguna razón ni circunstancia que no afecte á la posibilidad legal del ejercicio de la acción que ha de ser prescripta.—Manresa y Navarro, Comentarios del Código Civil, tomo 12, página 875.

El artículo 4032 del Código Civil argentino (inciso 4.º) también fija el comienzo para la prescripción de los honorarios médicos estableciendo que *«el tiempo corre desde los actos que crearon la deuda»* y esa frase, equivalente á la que usa nuestro Código resuelve, en la opinión de Machado, toda duda, siendo un error aplicar *«la doctrina que considera toda la asistencia como una sola deuda, cuando el artículo dice claramente que la prescripción corre desde los actos que crearon la deuda...»* (Tomo 9.º, página 321).

Esa es realmente la doctrina legal tanto dentro del Código Argentino como dentro de nuestro Código Civil. En *diritto costitutivo*, podrá ser deseable otra solución, pero en ningún caso es lícito invocar las soluciones doctrinarias ó especulativas para derogar la ley expresa, buena ó mala. El doctor Machado en la misma cita que dejo hecha se manifiesta conforme con la reforma de la ley argentina, adoptando una de las teorías francesas, la más justa y humana, que hace arrancar el cómputo de la prescripción del fin de la asistencia. Por su parte, el doctor Llerena opina de la misma manera, aún cuando pudiera creerse lo contrario leyendo la cita de la contraparte á f. 155 vta. «Según la jurisprudencia francesa, dice este autor, es necesario hacer diferencia entre la asistencia médica en una enfermedad accidental y de terminada y la asistencia en una enfermedad crónica. En el primer caso, dice Troplong N.º 957, no hay tantas deudas cuantas visitas ó operaciones ha hecho el médico, sino una sola deuda cuya prescripción corre desde que sana ó desde que muere el enfermo. En el segundo caso hay tantas deudas cuantas visitas hay. Esto nos parece mejor que lo que el texto de nuestro artículo establece, por lo menos más práctico» (tomo VII, página 464 al final).

Creo, con lo dicho, contestada suficientemente la argumentación del contrario sobre la interpretación del inciso 3.º del artículo 1197 del Código Civil, invocado por mí para oponer la excepción de prescripción respecto de los honorarios reclamados por el actor, anteriores al 23 de agosto de 1904. Agregaré no obstante, que si alguna duda cupiera, la disiparía el artículo 1200 del propio Código, que hace correr la prescripción *aunque continúen los servicios del médico*, colocándose así en el caso de que éste, lejos de terminar la asistencia del enfermo, continúa atendiéndole. ¿Es aplicable ese artículo á los médicos? se pregunta Laurent. «El texto responde á esa pregunta: la prescripción en los casos precedentes, tiene lugar aunque continúen los suministros, entregas, servicios y trabajos. Así la regla del artículo 2274 es aplicable en todos los casos y lo es, por lo mismo, á los médicos. Se objeta que en el hecho los médicos no exigen el pago después de cada visita. No, pero es por un sentimiento de conveniencia que no debe confundirse con el derecho. El uso de los médicos es enviar sus cuentas á fin de cada año» (tal es, en efecto, la costumbre en Bélgica) «pero eso no impide que tengan acción á partir de cada visita y si accionaran, el deudor no podría ciertamente oponerles una pretendida convención tácita en virtud de la cual no estaría obligado á pagar sino á fin de año».

Se objeta que los términos del artículo 2274 no se aplican á las visitas de los médicos» (véase lo que dice el contrario á f. 153 vta.) «no se les puede calificar de suministros, de entregas, de servicios ó de trabajos. En lenguaje usual eso es verdad; pero basta leer el artículo 2274 para adquirir el convencimiento de que la ley ha empleado intencionadamente expresiones generales á fin de comprender todas las prescripciones de que trata en los artículos 2271 y 2273. Ese primer punto es decisivo: si el artículo 2274 se aplica á los médicos, es preciso decidir que la prescripción de su crédito comienza á correr á partir de cada visita». Laurent, tomo 32, número 524.

II

En mi alegato de primera instancia demostré de una manera concluyente que *toda, absolutamente toda la asis-*

tencia reclamada en la demanda, estaba prescripta. Esa demostración terminante no fué tomada en cuenta por el señor Juez á quo porque no quise oponer la prescripción de toda la asistencia reclamada por el doctor V., sino de la prestada antes del 23 de agosto de 1904, y por lo mismo no tenía interés alguno plantear siquiera una cuestión de derecho que no tenía influencia alguna sobre el fallo, supuesto que la prescripción corra desde cada visita y no desde el fin de la asistencia.

Se le ocurre al adversario decir que esa actitud del Juez demuestra que nada valían mis argumentos, que carecían de todo valor jurídico, no obstante lo cual se empeña en refutarlos utilizando al efecto su recurso *habitual*, que es desentenderse de las palabras de la ley, me refiero á nuestros textos legales, para aplicar Códigos y doctrinas extranjeras.

Va á verlo también V. E.:

El 22 de diciembre de 1906 (f. 3), cuatro días antes de cumplirse los dos años contados desde el fallecimiento de la señorita G. (f. 4), fué mi poderdante citada á juicio de conciliación. La demanda y el emplazamiento debieron seguir dentro de treinta días (artículo 1210 Código Civil), para que esa citación pudiera considerarse como acto interruptivo de la prescripción («con tal que...», dice la ley) y resulta que la demanda se introdujo el 20 de febrero de 1907 (f. 6), verificándose el emplazamiento recién el 26 de febrero (f. 7), ó sea justamente á los treinta y cinco días de producida la citación á juicio de conciliación,—por cuyo motivo no produciendo aquella citación efecto legal («con tal que...», dice el Código) pues no fué seguida de demanda y emplazamiento dentro del término legal—el acto de interrupción civil se produjo cuando la prescripción extintiva estaba consumada.

Disculpe desde luego el actor, si ese término de treinta días de que gozaba para entablar la demanda es un término de derecho común ó un término procesal, y yo contesto que evidentemente no tiene razón, pero que la discusión es ociosa supuesto que dando por cierto que se trata de un término procesal ó judicial,—el hecho es que el emplazamiento se hizo en el caso treinta y cinco días después de la conciliación, aun descontando en el conjunto todo el mes de feria judicial. Puede ser generoso en ese cálculo, porque *sobra paño*,—pero no estoy dispuesto á dejar pasar, sin la respuesta merecida, la argumentación contenida á f. 159, destinada á sostener la tesis, á todas luces errónea, de que en nuestro derecho positivo, sea la demanda y no el EMPLAZAMIENTO, el único medio de interrumpir la prescripción extintiva ó adquisitiva,—que sobre esto nuestra ley no hace diferencia alguna, como sucede en otros Códigos.

El artículo 1209 del Código Civil dice textualmente que «toda prescripción se interrumpe civilmente por el EMPLAZAMIENTO JUDICIAL NOTIFICADO AL POSEEDOR ó DEUDOR», y el artículo 1210 expresa exactamente lo mismo, cuando refiriéndose á la conciliación, exige que, dentro de treinta días, sea seguida de demanda y emplazamiento, con arreglo al artículo anterior, es decir, que el emplazamiento sea notificado al poseedor ó deudor.

A pesar de la claridad de esos dos textos legales, cuya letra y cuyo espíritu no se prestan para ejercitarse con ellos en juegos malabares, que podrán demostrar el ingenio, pero que evidencian á la vez la falta de respeto y consideración para los textos legales,—el contrario se empeña en sostener que en nuestro derecho es la demanda, (notificada ó no) la que interrumpe civilmente la prescripción, aunque el texto legal diga expresamente

que es «el emplazamiento notificado al poseedor ó deudor».

El procedimiento empleado en esa demostración es tan sencillo como inocente, pues consiste en sustituir en la letra del artículo 1209 la palabra *emplazamiento*, que emplea el legislador, por la palabra *demanda*, con lo cual la tesis queda demostrada por a + b, sin mayores esfuerzos, que son realmente innecesarios. Sólo por un abuso de defensa vienen después unas cuantas citas de Códigos distintos de los nuestros y de los autores que comentan esas leyes distintas, creyendo así el adversario anonadarnos con semejantes incongruencias.

Dice el contrario recordando el texto legal aplicable (f. 159 vta.): «Toda prescripción se interrumpe civilmente por el emplazamiento judicial notificado al poseedor. ¿Qué dice, que quiere decir ese precepto legal leído «desapasionadamente? Dice y quiere decir tan sólo que el emplazamiento judicial ó SEA LA DEMANDA, interrumpe la prescripción, si fuera notificada al poseedor ó deudor!!! (Textual).

Esto no necesita comentarios. Si se empieza por alterar los textos legales, incorporando palabras que no están en él,—si se empieza por declarar que es la misma cosa la demanda, que el emplazamiento, ó sea la causa que el efecto,—¿es inútil discutir desde que falta la base indispensable para toda la discusión, que es el respeto á la letra de los textos legales, y agregaré ahora á las mismas definiciones del legislador, de las que resulta que no es lo mismo, ni significan lo mismo la demanda que el emplazamiento. (Véanse los artículos 283 y 299 inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil y lo que expresa el artículo 18 del Código Civil).

Estando, como están, legalmente definidas esas palabras que arbitrariamente se quieren confundir,—no hay otro remedio que atenerse á esas definiciones. Poco importa que otras leyes y otros Códigos y otros autores digan que la interrupción se produce por la demanda, sin exigir que se notifique al poseedor ó deudor, como lo requiere inequívocamente nuestra ley. Cada país tiene sus leyes, y tan fuera de lugar es aplicar aquí el Código francés, el argentino, el italiano y el español y todos los que los han seguido en eso de interrumpir la prescripción por la demanda, como lo será pretender dentro del régimen legal creado en la materia por sus Códigos, que la interrupción no derivara de la demanda, como ellos lo expresan, sino del emplazamiento.

Entre nosotros la interrupción de la prescripción se produce no por el emplazamiento sólo,—sino «por el emplazamiento notificado al poseedor ó deudor» (artículo 1209, Código Civil) ¿Notificado cuándo, pregunta ingenuamente el adversario? Pues notificado cuanto antes, para que no suceda que si el plazo de la prescripción está por vencer, como era el caso presente, venga á resultar que el emplazamiento se hace fuera de oportunidad, cuando los plazos legales habían extinguido el derecho que se intentaba conservar.

Y aquí diré, porque viene al caso, que á mí no me preocupan, cuando aplico la ley, las consecuencias á que pueda conducir. Me basta que sea la ley, perfectamente clara y expresa, para que me guarde bien de enmendarla á mi antojo, so pretexto de que alguna vez el error de concepto de alguien (ese es probablemente el caso) determine algún perjuicio real ó supuesto, para un litigante. El deber de la defensa es, precisamente, conocer y prever esos inconvenientes prácticos, con el tiempo necesario para evitarlos, en lugar de empeñarse en la tarea de inventar equivalencias en palabras de diverso significado, colocando ó suprimiendo comas para que los artí-

culos digan ó se figuren que digan lo que convenga al caso.

La realidad que V. E. puede tocar,—tan material es la demostración que dejo hecha en las líneas precedentes,—es que mi parte fué emplazada (f. 7) el 26 de febrero de 1907, es decir, TREINTA Y CINCO DÍAS DESPUÉS de la citación á juicio de conciliación (f. 3), que no surtió efecto alguno, por eso mismo (artículo 1209 del Código Civil).

Es aún una verdad evidenciada por las páginas de este proceso con prueba plena, que el EMPLAZAMIENTO TUVO LUGAR Á LOS DOS AÑOS UN MES Y VEINTISÉIS DÍAS DESPUÉS DE TERMINADA POR LA MUERTE de la enferma la asistencia cuyo cobro reclama el actor,—y que por lo tanto AÚN EN EL SUPUESTO DE QUE EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DEBIERA HACERSE COMO QUIERE EL ACTOR QUE SE HAGA,—la prescripción de toda, ABSOLUTAMENTE DE TODA la asistencia, HABRÍA OPERADO á la fecha del emplazamiento, debiendo por lo tanto, darse el doctor V. por bien servido de que con perfecto conocimiento de su derecho, mi parte le haya reconocido algunos meses de asistencia, procediendo con una buena fe y una lealtad que no merecía la conducta del médico que pretende en el caso cobrar lo que no se le debe, después de haber explotado á una enferma con la charlatanería de una cura imposible, pasándole sucesivamente diversas cuentas que le fueron pagas á su tiempo.

III

Indudablemente hizo bien la parte actora en atribuir capital importancia á las cuestiones relativas á la prescripción opuesta, ocupándose sólo al final de su expresión de agravios de ensayar la demostración de que había probado la extraordinaria asistencia que dice haber prestado á la señorita L. G.—á esa enferma á quien pretende haberle dado más de doscientas inyecciones hipodérmicas, haciéndole más de setecientas visitas médicas.

Esa parte de la expresión de agravios está escrita con un desgano que revela á grito herido que el primer convencido de que no hay tal excepcional asistencia es el propio apoderado contrario. Será sin duda por ello que no se ha encontrado otra manera de probar los hechos que refiriéndose á la confesión de mi parte. A estar á sus dichos, todo lo he confesado en mis escritos,—y es lástima que esa afirmación no venga abonada con las citas correspondientes, porque ese sería el único medio de averiguar cómo se ha producido esa serie de imaginarias confesiones.

Es claro que los médicos,—en lo que dice á las leyes procesales están fuera de toda obligación: á cualquier demandante puede obligársele á que pruebe los hechos en que funda su demanda, pero según parece, eso no va con los médicos, quienes deben ser creídos, bajo su sola palabra, entendiéndose que no deben probar eso de haber efectuado más inyecciones hipodérmicas de las que podría soportar un elefante, pues debe suponerse que prestó asistencia con el acierto y asiduidad necesaria para dar probadas, en virtud de esa presunción (hay que averiguar si es *juri et de juri*) las setecientas visitas reclamadas.

A todo esto opongo mi prueba, que es elocuente no sólo por lo que pone en evidencia, sino por lo que deja traslucir,—y eso basta para saber en qué categoría pueden colocarse la mayor parte de las visitas (sic) que dice haber hecho el doctor V. á la casa de mi poderdante.

Mi parte ha llevado bien la cuenta de esa asistencia que el doctor V. quiso que se discutiera, poniendo por medio muchos meses,—los que creyó bastantes para confundir los recuerdos, y es esa la cuenta que está dispuesta á pagar, renunciando en esa parte á la prescripción operada de toda, ABSOLUTAMENTE TODA LA ASISTENCIA, que terminó con la muerte de la señorita G., ocurrida el 26 de diciembre de 1904.

Creo inútil volver sobre el examen de la prueba hecha á f. 116 y siguientes, de mi alegato de primera instancia.

Por tanto:

A V. E. ruego que teniendo por evacuado el traslado pendiente, se sirva fallar esta causa según lo pedido en el exordio.

Será justicia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto en segunda instancia y en definitiva este juicio ordinario seguido por el doctor V. á doña M. F. de S. por cobro de pesos á título de honorarios de asistencia médica prestada á la señorita L. G., hija de la demandada, juicio fallado en primera instancia y á f. 135 por el señor Juez Letrado de lo Civil de 1.^o turno y contra cuya sentencia dedujo apelación la parte actora,—

Por los fundamentos de hecho y de derecho del fallo apelado, y

Considerando que la comparación de la clase, duración y multiplicidad de los servicios médicos que el demandante alega como prestados á la paciente, con la pobreza y la vaguedad de la prueba que ha rendido para justificar aquellos servicios, mueve de inmediato á estimar que ha habido una exageración marcadísima en la descripción y enumeración de la asistencia dada á la señorita de G.;

Que esa exageración destaca especialmente cuando se analiza y valora la prueba del actor en el terreno en que más fácil le era, como el de los medicamentos empleados en el tratamiento de la enferma, medicamentos que, como de aplicación externa, tendrían que haber sido abundantes y repetidos aunque sólo fuera á título de higiene y de antisepsia;

Que si, acerca de la fuente originaria del suministro de los medicamentos empleados, el demandante no ha logrado presentar nada más que vagas y obscuras referencias y declaraciones, siendo así que los registros de las farmacias son de fácil control, si ha sido contrarrestada eficazmente su escasa prueba en ese terreno, la deducción que se impone es que la dolencia de la paciente no fué la que ha dicho el demandante, á no ser en su último y breve período, y que no pudo exigirle el número extraordinario de visitas, intervenciones y operaciones que alega en su escrito inicial;

Que llegándose inevitablemente á esa inferencia de exageración marcadísima en la relación de los servicios cuyo pago se reclama, la tesis de la defensa constituida en lo principal por la excepción de prescripción de la mayor parte de los servicios demandados, se presenta prestigiosamente robustecida en el concepto moral y racional; concepto del que no debe hacerse prescindencia en cuestiones de la índole de la litigada en el presente caso, en que hay que dejar mucho librado á la buena fe de los litigantes por la naturaleza hasta cierto punto reservada de las relaciones de médicos y enfermos en la intimidad de los hogares;

Considerando: que las conclusiones á que llega el primer Juez, después de un acertado análisis y de una crítica legalmente justa de la deficiente prueba del actor, estableciendo que no pueden estimarse como reales y verdaderos más servicios médicos que los que ha reconocido la parte demandada, son las que se imponían.

En cuanto á la prescripción opuesta:

Considerando: que el Tribunal está en el caso de atenderse, en el estudio de esta parte del debate, á la prescripción de parte de la asistencia cuyo precio es objeto de la demanda, puesto que la excepción expresada no se refiere al último período del tratamiento que la demandada se reconoce obligada á pagar;

Que la apreciación, si podría realmente decirse que todos los honorarios del doctor V. devengados en el tratamiento de la señorita G. hasta su muerte están prescritos, no tendría más que un valor teórico y no existe, por consiguiente, razón para entrar al estudio de ese punto aunque lo hayan discutido las partes, porque la misión de la justicia en el litigio, es decir concretamente si se le deben en verdad al doctor V. los honorarios que reclama, ó si no se le debe más que una parte de ellos porque los restantes están prescritos en las condiciones previstas por el artículo 1197 del Código Civil;

Considerando: que si en el derecho francés el texto de la disposición legal (artículo 2272 del Código Civil), ha originado la jurisprudencia y la más general opinión en los autores de que la prescripción del honorario médico no empieza á correr sino cuando toda la asistencia al enfermo concluye ó porque éste se cura, ó porque fallece, ó porque se despidió al médico, ni esa jurisprudencia ni la opinión de tales autores puede prevalecer en presencia del texto claro y expreso del artículo 1197 de nuestro Código Civil, texto diferente, más amplio y más explicativo que el del artículo 2272 del Código francés;

Que refiriéndose nuestra ley á actos diversos ó serie de actos de asistencia, y al disponer que esos actos diversos unos de otros, bien deslindeados por consiguiente, originan cada uno el período prescriptivo, no ha empleado una expresión que admita una interpretación de unidad ó de conjunto como ocurre en el texto de la ley francesa; y es evidente que el legislador nacional, que conocía el Código francés como debió conocer seguramente las controversias á que el artículo 2272 del Código Napoleón se había prestado en los Tribunales y entre los comentadores, se propuso evitar toda duda al respecto y adoptó una fórmula diferente, clara y precisa, que por otra parte, se ajusta al criterio predominante en las reglas relativas á las prescripciones cortas, criterio bien definido en el artículo 1200.

Considerando: que está, pues, legítimamente opuesta la prescripción de parte de los servicios aunque se haga arrancar el tiempo de ella de época en que no habían cesado aún los servicios del médico demandante;

Que hay mérito legal, que el Tribunal sentenciador no puede desconocer, para utilizar tal medio de defensa y reconocerle los efectos invocados por la parte demandada porque, como lo declaraba el Tribunal francés de Lyon en sentencia de 21 de junio de 1900 sobre un litigio análogo «cualquiera puedan ser (en el terreno de las sospechas sobre la sinceridad del pago opuesto como excepción por la defensa) el motivo de pensar y la opinión del Tribunal, dado que no se encuentra en el expediente elemento alguno que lo autorice jurídicamente á hacer tabla rasa de la presunción legal de pago que resulta de la disposición del artículo 2272 del Código Civil, el Tribunal está en la necesidad de hacer lugar á la excepción de prescripción invocada» (*Pandectes Françaises*, parte 2.^a, pág. 7);

Por los motivos expresados y visto el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,

Se confirma, con costas, la sentencia de primera instancia.

Deyuélvanse.

Octubre 4 de 1908.

Montero Pautier — V. Martínez —
Piñeyro.

Objeto y división de la Jurisprudencia ⁽¹⁾

(Lección dictada en la Facultad de Jurisprudencia de Lima por el catedrático de Filosofía del Derecho, doctor don Manuel V. Villarán)

(Conclusión)

Hasta aquí se ha tratado de las ciencias jurídicas especulativas ó teóricas. Pero existe otra sección de la Jurisprudencia: las ciencias prácticas, el derecho como Arte. Su rol es doble: aplicar las leyes y hacer leyes. El primero es el arte del funcionario público, del letrado, del experto que dirige el cumplimiento del derecho tal como es, mientras se halla en vigencia. El segundo es el arte del legislador y de todos cuantos colaboran á su obra. Si el ideal del buen juez ó del buen administrador fuese cumplir la ley positiva con mecánica fidelidad, aun cuando fuese inícuo y anacrónico, el arte de cumplir el derecho no tendría ningún punto de contacto con el arte de hacerlo. Pero ese ideal es irrealizable. La ejecución de las leyes envuelve un elemento innovador y creador. Los ejecutores de las leyes no son insensibles á las necesidades de su época ni á las corrientes del progreso moral. De allí que, á pesar de las precauciones prohibitivas de las codificaciones modernas, se observa aún, bajo su imperio, que los tribunales y la administración, al interpretar la ley, la extienden, deforman ó paralizan. Oficialmente son órganos de la ley, en realidad colaboran á sus transformaciones. El rol civilizador y progresivo del legislador se proyecta parcialmente sobre la misión de los que aplican el derecho. El derecho se transforma ejecutándose. Estas relaciones no destruyen, sin embargo, la esencial diferencia que existe entre el arte de crear el derecho y el arte de darle cumplimiento.

La ciencia jurídica práctica, que aplica el derecho, no ha recibido todavía un nombre apropiado. Ordinariamente se la confunde con la ciencia teórica correspondiente, con la ciencia expositiva del derecho. Y, en verdad, se aproximan mucho; pero hay lugar á distinguirlas. La ciencia teórica precisa el sentido de las normas, deduce de ellas otras que se encuentran sobrentendidas ó latentes; pero su materia está siempre formada por las reglas, ó sea, las indicaciones generales sobre el modo de resolver series de casos. El arte consiste en dar solución á los casos conforme á las reglas previamente descritas; su principal dificultad reside en clasificar el caso, es decir, en determinar qué regla le corresponde, en hallar la fórmula ó fórmulas legales adecuadas á los hechos concretos y comprobados. La teoría es, pues, como dice Friedländer, el lazo de unión entre la ley y la práctica de ella.

(1) Véase pág. 109 del número anterior.

En cuanto al arte de creación y reforma del derecho, Bentham y sus sucesores le han llamado el Arte ó la Ciencia de la Legislación. En Alemania y en Francia se ha difundido en los últimos tiempos el nombre de *Política Jurídica*, que se considera preferible. La Política Jurídica tiene por objeto dar al derecho su mejor contenido y formular el derecho del mejor modo. En otros términos, comprende problemas sobre el fondo y la forma del derecho. Para determinar lo que debe ser materia de las leyes, toma sus elementos de otras ciencias morales, principalmente de la Ética, de la Economía y de la Política. Ellas se ocupan de lo moral, de lo útil, de lo justo; marcan las direcciones que conviene imprimir á la conducta humana y la organización social más conveniente. Pero hay ciertos modos de obrar y organizaciones sociales cuya realización es conveniente y posible asegurar por medio de leyes, de reglas de derecho, y otros que sólo pueden tener como sanción las costumbres y la opinión pública. El problema propio de la Política Jurídica no es el de resolver, en toda su generalidad, la cuestión de lo que es bueno y deseable, sino de discernir entre las cosas deseables y buenas cuáles pueden y deben convertirse en preceptos legales y cuáles no caben en el molde inflexible del derecho positivo ni soportan su irrefragable acción coercitiva. En otros términos, para procurar la felicidad de las sociedades existen dos órdenes de regla de vida: legislativas y extralegislativas ó morales. Diremos, con Bentham, que «la Jurisprudencia (como arte creador del derecho) es la ciencia por la cual se emplea la ley para la producción de la felicidad».

Lo referente á la forma del derecho, es el objeto de una rama especial del arte legislativo que Ihering y otros han llamado *Técnica Jurídica* ó *Tecnología Jurídica*. Suministra á los autores del derecho los métodos más apropiados para la construcción de su obra, sin que le corresponda proporcionarles materiales para esa construcción. La Política propiamente dicha da su objeto á la ley; la Técnica da á ese objeto la forma de la ley; traduce la materia en derechos y obligaciones; la provee de sanciones, sea civiles, sea penales; le señala procedimientos y órganos para su cumplimiento; la reduce á nociones, reglas é instituciones lógicamente enlazadas y capaces de encerrar y resolver con facilidad y coherencia la indefinida variedad de las situaciones que se tienen en mira. Abraza la Política Jurídica estudios de crítica y reforma legal nacionales ó locales, y cuestiones de interés común para muchas naciones que, por la semejanza de su estado, tienen iguales necesidades y problemas. Debe haber, pues, *Políticas Jurídicas particulares* ó *nacionales* y una *Política Jurídica General*. Esta última se ocuparía de cuestiones análogas á las que sirvieron de tema al tradicional *Naturrecht* y á la Filosofía del Derecho como ciencia; ética que aspiraba á edificar los ideales jurídicos; pero llevaría á ese estudio un nuevo método, basado en la experiencia, y abandonaría la esperanza quimérica de llegar á un derecho abstracto y universal aplicable igualmente á todos los pueblos y situaciones.

Ha sido opinión de algunos juristas, principalmente en Inglaterra, que el Arte de la Legislación, no es parte de la Jurisprudencia. El arte creador y reformador del derecho no sería, según ellos, una rama de las ciencias jurídicas. Tal es la opinión de John Austin y de Thomas Holland. La Jurisprudencia, dice Austin, «es la ciencia de la ley ó (á lo más) la ciencia de la ley combinada con el arte de aplicarla. Su objeto es descriptivo; considera la ley tal como es; omite toda censura ó alabanza sobre las leyes que estudia; no se ocupa de lo que la ley debe

ser. Cuando mucho, demuestra que hay ciertos elementos legales que son inevitables, necesarios, que existen en todo sistema jurídico. Estudia entonces la ley tal como tiene que ser, ya buena ó ya mala; pero no le corresponde averiguar cómo tiene que ser la ley para ser buena. El estudio de la ley como debe ser, no forma parte de la Jurisprudencia sino de la Ética». Holland piensa, también, que la misión de la Jurisprudencia se refiere á la ley positiva existente. Su opinión sólo difiere de la de Austin, en que no admite, como éste, que exista una Jurisprudencia particular y una Jurisprudencia general. La Jurisprudencia, para él, es siempre general; no estudia tal ó cual sistema de derecho positivo, lo cual sería una labor empírica y práctica; estudia sólo las ideas jurídicas generales y abstractas que se hallan en el derecho de todos los pueblos cultos. En cuanto á problemas prácticos de legislación, no corresponden á la Jurisprudencia, «pertenecen al político más que al jurista».

La opinión que exponemos, no era la de Bentham, quien consideraba la Legislación como parte de la Jurisprudencia. Tampoco es la de los escritores británicos más recientes, como los profesores F. Pallock y T. W. Salmond. El primero de éstos divide la Jurisprudencia en *Positiva* y *Final*. La una estudia las leyes como son; la otra, como conviene que sean. La Jurisprudencia Final tratada en una forma metafísica, constituye el *Derecho Natural*; tratada en forma positiva y verdaderamente práctica, es el Arte de la Legislación. Salmond admite en la Jurisprudencia tres ramas: *Sistemática*, *Histórica* y *Crítica*. La una se dedica al presente, su propósito es la exposición del sistema legal tal como existe; la otra se ocupa del pasado; la tercera se ocupa del ideal futuro, no expone la ley que es ó ha sido, sino la que se necesita que sea. «La Jurisprudencia Crítica es conocida como la Ciencia de la Legislación».

Por su sentido tradicional, la Jurisprudencia abraza la Legislación. Los romanos, que fueron sus creadores y que le dieron su nombre, *iuris prudentia*, la entendieron no sólo como la ciencia de la *lex*, de la ley dictada, sino del *ius*, de lo justo. Ciencia de lo Justo y lo Injusto la llamaba Ulpiano; y Celso la definía «el arte de lo bueno y lo equitativo».

Al sustraer el Arte de la Legislación del círculo de las ciencias jurídicas se le incluye en la Ética por Austin, en la Política por Holland, en la Economía por el profesor W. R. Anson. Pero ya dijimos que la Política, la Moral, la Economía deciden sobre la moralidad, la justicia y la utilidad de las cosas de modo general. La Política Jurídica sólo se dedica á conocer la aptitud de aquéllas para traducirse en imperativos legales pronunciándose sobre su cualidad de legíslables. Nos parece que si se atiende á la importancia de esta distinción, no puede dejar de admitirse la conveniencia de separar como ciencia autónoma la Legislación. Tampoco puede desconocerse que esta ciencia se vincula á tal punto con las demás ciencias que estudian el derecho que, forzosamente, se debe agrupar con éstas en el vasto círculo de la Jurisprudencia. Los problemas legislativos exigen una educación jurídica completa. El mismo Austin dice que el conocimiento de lo que debe ser supone el conocimiento de lo que es y, por tanto, la ciencia de la Legislación implica el conocimiento de la Jurisprudencia. Sólo las ciencias jurídicas dan la preparación necesaria para juzgar en qué grado y en qué circunstancias puede ser provechosamente empleada la coacción propia de la ley. Este conocimiento se adquiere con las enseñanzas de la Historia Jurídica y de la Legislación Comparada y, más todavía, con la experiencia del jurista profesional acos-

tumbrado á contemplar á lo vivo el funcionamiento de las leyes. Es allí donde se logra apreciar la valiosa acción de las leyes en ciertas materias, su debilidad en algunas, su impotencia en otras. Cuando sin estas bases se aborda la confección del derecho positivo los menores riesgos que se corren consisten ó en querer legislar demasiado y fuera de lugar, prejuzgando que la ley lo puede todo; ó abstenerse, tímidamente, de aplicar el resorte legal allí donde actuaría con eficacia. De otro lado, parece indiscutible que la Técnica Jurídica que da al derecho forma y expresión adecuadas es labor propia y exclusiva del jurista.

En relación al método, la ciencia ó arte de legislar debe ser clasificada, pues, entre las ramas de la Jurisprudencia; en relación á la enseñanza, los estudios de crítica y reforma legislativa deben formar parte del programa de las escuelas de derecho.

La clasificación expuesta queda condensada en el siguiente cuadro:

JURISPRUDENCIA

CIENCIAS JURÍDICAS TEÓRICAS		CIENCIAS JURÍDICAS PRÁCTICAS
Descriptivas	Explicativas	
Derecho Positivo Nacional y Extranjero.	Sociología Jurídica General y Particular	Arte de cumplir el Derecho. Arte de la Legislación ó Política Jurídica General y Nacional.
Historia del Derecho.		
Etnografía Jurídica.		
Estadística Jurídica.		
Legislación Comparada.		

La nueva ley de condena condicional

Significación y trascendencia

Ya tenemos también nosotros legalmente implantada la institución que se denomina, más general y preferentemente (porque tiene otros nombres), *condena condicional*. No se podrá decir que nos hemos precipitado á establecerla de modo prematuro, ni con los consabidos atolondramientos y arrebatos de nuestra «impulsiva índole meridional y africana». Más bien ha ocurrido lo contrario: si de algo se nos pudiera acusar en este punto, sería seguramente de excesiva prudencia y parsimonia. La condena condicional lleva ya de vida treinta y tantos ó cuarenta años, la edad media, pero bien cumplida, de una generación humana; es decir, un período de tiempo muy sobrado para que, dada la celeridad con que pueden propagarse, y de hecho se propagan frecuentemente, gracias á las condiciones sociales de los pueblos que se dicen civilizados, las innovaciones que en los mismos

aparecen, haya podido aquélla penetrar en la legislación de casi todos ellos.

Quando el señor Conde de Torreánaz, á la sazón Ministro de Gracia y Justicia, presentó á las Cortes su proyecto de ley, el primero, y en cierto modo el único (1), que hemos tenido acerca de la condena condicional, proyecto que lleva la fecha de 8 de enero de 1900 (publicado en la *Gaceta* del 10 de igual mes), escribí yo un artículo (2) encaminado á tranquilizar á nuestro público, por si acaso lo necesitaba creyendo una revolución temeraria la propuesta del señor Ministro; y en él, junto con otras indicaciones relativas al interés que la condena condicional venía desde tiempo antes despertando en el mundo de los estudiosos de los problemas penales, y de los sociales en general, daba cuenta de los países que la habían ya entonces aceptado ó que estaban á punto de aceptarla. Decía yo lo siguiente: «Solamente en Europa, y sin contar Norte América, país de origen de la institución, ni Austria, ni otros lugares de Oceanía, tienen establecida la condena condicional—con esta misma ó con otra denominación—los siguientes Estados, advirtiendo que quizá se me escape alguno (como en efecto sucedía): Inglaterra, primera nación europea donde la condena condicional fué trasplantada de América (por el *Summary Jurisdiction Act* de 1879, primero, y después, y sobre todo, extendiendo los efectos de éste, por el *the probation of first offenders Act* de 8 de agosto de 1887); Bélgica, primera nación del Continente donde se introdujo la institución de referencia (por ley de 31 de mayo de 1888); Francia (ley Bérenger, de 26 de marzo de 1891); cantón suizo de Neuchâtel (artículo 339 del Código Penal de 29 de mayo de 1891); ducado de Luxemburgo (ley de 10 de mayo de 1892); cantón de Ginebra (ley de 29 de agosto de 1892); Portugal (ley de 6 de julio de 1893); Noruega (ley de 2 de mayo de 1894); Sajonia (orden del Ministerio de Justicia del reino de Sajonia, de 25 de marzo de 1895, confirmada por rescripto real de 24 de febrero de 1896; Prusia (rescripto real al Ministro de Justicia, fecha 23 de octubre de 1895); Wurtemberg (rescripto real al Ministro, 24 de febrero de 1896); Baviera (orden ministerial de 24 de marzo de 1896, autorizada por el regente del reino, fecha 15 de enero del mismo año); Hamburgo (resolución del Senado y circular del Presidente de los asuntos de Justicia, de 30 de abril de 1896); cantón de Vaud (ley de 13 de mayo de 1897). Además, hay proyectos de leyes especiales sobre el particular (como en Italia y en el cantón del Tesino); los proyectos de Código Penal más recientes, como el francés, el federal suizo, el austriaco, el húngaro, etc., admiten la condena condicional; en Alemania y otros lugares se han hecho tentativas para introducirla, habiéndose llegado ya á discutir en el Reichstag sobre el asunto, del propio modo que también en las dietas territoriales....»

Ya en este recuento existían omisiones, algunas voluntarias (como el *Act*, publicado en 1886 para Queensland por el Ministro Samuel Griffith; como la extensión

(1) Digo así porque, aparte algún otro amago ó promesa de algún Ministro del ramo, siéndolo el señor Montilla, preparó, en 1902, un proyecto de reforma del Código Penal vigente (proyecto que no fué presentado á las Cortes por azares de la política), en el cual se facultaba á los Tribunales (lib. I, tit. III, cap. IV, art. 84, único del capítulo) para suspender, en ciertos casos y con ciertas condiciones, las penas privativas de libertad hasta de seis meses.

(2) «Sobre la facultad de indultar las penas, concedida á los Tribunales»; en la *Revista Política y Parlamentaria*, número 7; Madrid, 15 de febrero de 1900.

que el sistema de Massachusetts—donde primero apareció la institución—⁽³⁾ hubo de adquirir, ganando poco á poco, no sólo las legislaciones de los Estados norteamericanos—Nueva Jersey, Nueva York, Pensilvania, Maryland, Ohio, Indiana, Minnesota, Michigan, Wisconsin, Kansas, etc., hasta treinta Estados—sino también las de las colonias inglesas, v. gr., Victoria y Nueva Zelanda, donde entró en vigor, con fecha 1.º de octubre de 1886, *An Act to permit the conditional release of first offenders for probation of good conduct*; Canadá, con el Act de 20 de marzo de 1889; Australia occidental, con otro de 1.º de febrero de 1892; Nueva Gales del Sud, con otro de 1894; involuntarias otras (como la ley de 13 de mayo de 1899 para el cantón de Valais, el decreto legislativo de 14 de noviembre de 1899 para el cantón del Tesino, los decretos de los Ministros del Interior y de la

(3) De esta manera, al decir de Rafael Majetti, Juez italiano, quien á su vez cita á Andrés Reid (artículo publicado en el *Macmillan's Magazine*: «Hace años, ciertos filántropos que frecuentaban los tribunales penales del Massachusetts se convencieron de que muchos de los reos condenados á prisión podían ser dejados en libertad, con sólo quedar sometidos á vigilancia; y habiéndose dirigido á los Jueces, consiguieron que éstos suspendiesen muchas sentencias de condena y que dejasen entregados los reos á la vigilancia de los peticionarios ó á la de otras personas dispuestas á salir fiadoras de aquéllos. El experimento dió tan buen resultado, que el Estado lo hizo suyo, llevándolo á su ley fundamental, como emanación directa y desarrollo ulterior del «sistema de pruebas» practicado en los *Reformatorys* y en las *Industrial Schools*—que el pequeño Estado había venido estableciendo desde 1846 á 1866,—al intento de sustraer á los delinquentes jóvenes no reincidentes, á la corrupción de la cárcel, siempre que el Juez los creyese susceptibles de enmienda. Fueron tan notables los efectos del sistema, que en 1869 hubo de crearse el *State agent*, funcionario especial, encargado de velar por la ejecución de las medidas con respecto á los delinquentes jóvenes y dotado de facultades para proponer al tribunal que éstos no entraran en la cárcel. Cuando el hecho delictuoso cometido por un joven fuese leve, se le imponía una reprensión; si grave, se le enviaba á una casa de corrección, ya á la *Human School for boys*, de Watsborough, tratándose de muchachos, ya á la *State Industrial School for girls*, si se trataba de muchachas; y cuando no fuese ni levisimo ni muy grave, el *State agent* pedía que el joven fuese dejado en situación de prueba temporal y provisional, sometido á vigilancia y con derecho á enviarse, si preciso fuere, á un reformatorio. Los resultados fueron tan consoladores, que los jóvenes desaparecieron casi por completo de las prisiones, á consecuencia de lo cual, en 1878 se extendió más aún la medida, creándose los *probation officers*, individuos de ambos sexos, con mandato de inquirir, respecto á todos los acusados de un delito ante los tribunales del condado de Suffolk, cuáles de ellos, por ser capaces de enmienda, podían y debían no entrar en la cárcel para expiar una pena» (Majetti, *La legge Ronchetti sulla condanna condizionale*, Santa Maria C. V., 1905, p. 8, 9).

Sin embargo, M. Bérenger, el autor de la ley francesa de 1891 y el primer iniciador en el continente europeo de la condena condicional (pues desde 1884, cuatro años antes de la ley belga, había él presentado al Senado francés una proposición para introducir en su país la condena condicional, proposición que se discutió y avanzó bastante, pero que luego quedó suspendida), da otro origen á la institución, un origen inglés y también extralegal. «Sin ley precisa, dice, fundándose únicamente en la gran latitud otorgada por la tradición á sus funciones, un magistrado inglés, Sir Matthew Davenport, se había atribuido, á partir de 1842, la facultad de suspender toda condena relativa á los jóvenes delinquentes que comparecían ante él y de colocarlos, con ó sin caución, bajo la dirección de una persona recomendable, reservándose el derecho de aplicar ulteriormente una pena, si hubiere razón para ello. Esta práctica se habría después propagado poco á poco y habría concluido por hacerse extensiva á los adultos. Pero ningún texto legal reguló la materia, hasta el Act de enero de 1879 (*Summary jurisdiction*), desarrollado por el de 1887 (*Probation for first offenders*), que ha hecho pasar esta práctica al terreno legislativo» (*Des résultats de la condamnation conditionnelle*, artículo publicado en el *Bulletin de l'Union internationale d'école pénale*, t. X, cuad. II; Berlín, 1902, p. 302-303).

Otros autores aún hacen remontar mucho más atrás, nada menos que hasta Arriarjes, rey de los persas, las primeras manifestaciones de la condena condicional, de la que encuentran también ejemplos en el derecho romano, en el canónico y en las legislaciones antiguas de varios Estados europeos (v., por ejemplo, Majetti, *ob. cit.*, p. 1 y sigs.).

Justicia del Gran ducado de Hesse, fechas 22 de junio de 1891, 22 y 29 de junio de 1895 y 25 de junio de 1896, el anteproyecto del Código Penal del Japón de 1897, que la introducía como una novedad con relación al Código de 1871, entonces, y aún—que yo sepa,—vigente; un proyecto de ley del Ministro italiano Bonacci, fecha 2 de marzo de 1893).

Pero, además, el movimiento favorable á la condena condicional ha ganado desde entonces mucho terreno. Pronto podrá desirse que no queda una sola legislación extraña á ella. Para que se vea de alguna manera la presión de la institución nueva y sus progresos, voy á dar algunas noticias de su propagación á partir de 1900, fecha de mi citado artículo. Son pocas y breves, pero en un trabajo como el presente, de corta extensión, no es posible más.

La han introducido legalmente, unos tras otros, estos países:

1.º El cantón del Tesino, por ley de 11 de noviembre de 1900 ⁽⁴⁾.

2.º El Estado de Massachusetts, por su Código Penal de 1.º de octubre de 1900 (§ 1.º). Es de notar que habiendo sido este Estado el que legisó primeramente sobre la suspensión de la condena, dando origen al llamado «tipo americano» de la institución, al dar ahora una nueva ley sobre la misma adopta el tipo denominado «europeo» ó franco-belga. Igual ha sucedido en el cantón de Neuchâtel, según poco después advertimos. ¿Será que las enseñanzas de la experiencia hayan mostrado más eficaz y ventajoso (para prevenir la reincidencia, v. gr.) el segundo de los tipos dichos?

3.º La Isla Mauricio, por ley de 1900 ⁽⁵⁾.

4.º Ducado de Brunswick, por orden de 22 de marzo de 1903.

5.º El cantón de Friburgo, por ley de 9 de mayo de 1903.

6.º El Gran Ducado de Hesse, por ley de 3 de diciembre de 1903.

7.º Noruega, por su Código Penal de 1903, empezado á regir en 1.º de enero de 1904 (artículos 52 y siguientes).

8.º Bulgaria, por ley de 5 de enero de 1904.

9.º Egipto, por su Código Penal de 14 de febrero de 1904 (artículos 52-54).

10. El cantón de Neuchâtel, por ley de 24 de marzo de 1904. Era Neuchâtel el único país de la Europa continental donde estaba admitido (por el citado artículo 339 y siguientes del Código Penal de 1891) el sistema americano-inglés de suspensión de la condena, el cual, por lo demás, no se aplicaba más que á los menores de veinticinco años, autores de ciertos delitos (hurtos, etc.) sin agravantes. La nueva ley ha admitido el sistema Bérenger, y lo extiende á mayor número de delinquentes.

11. Italia, por ley de 26 de junio de 1904.

12. Holanda, aún cuando sólo para los menores, por sus leyes de protección á la infancia (designadas popularmente con el nombre de *Kindervetten*), que han empezado á regir en 1.º de diciembre de 1905.

(Continuará).

P. DORADO,

Colaborador de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid

(4) Hay quien le da fecha 4 del mismo mes, y otros á del 19. En estas variaciones que es frecuente observar, influye el momento en que cada cual se fijó: según sea éste el de la votación y aceptación de una ley, ó el de su promulgación, ó el del día en que comienza á tener vigor.

(5) También hay quien da á esta ley otra fecha.

Crónica

Algunos casos de Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación de Buenos Aires

INDEMNIZACIÓN POR CALLES

Para tener derecho á la indemnización, no basta el título que acredite el dominio sobre la cosa: es necesario que el propietario haya sido desposeído ó expropiado por un acto de la autoridad pública.

No siendo el derecho de indemnización de la expropiación fundada en ley, tal derecho no existe, cuando el propietario, por acto propio y voluntario, se desprende de la cosa que le pertenece y la incorpora al dominio público, acto que no requiere la forma instrumental de la escritura pública.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3416).

RETRIBUCIÓN POR LOCACIÓN DE SERVICIOS

Los términos de una carta en la cual se fijaba que el sueldo del actor serían cincuenta libras esterlinas mensuales, por remuneración de los servicios que él debía prestar y un *bonus*; este *bonus*, ó sea la bonificación anual, era simplemente una remuneración eventual y extraordinaria, subordinada á la condición de que el resultado del año financiero fuera satisfactorio, como lo fueron los dos años en que sirvió el actor.

No es posible aceptar que la oportunidad de esa remuneración y la fijación del monto, quedaran librados á la voluntad del promitente, pues la promesa está subordinada tan sólo á la condición de si fuere satisfactorio el resultado del año financiero.

Para que el actor pudiera reclamar un tanto por ciento, sobre el importe de los negocios realizados por los demandados ó de las utilidades que produjeron, sería indispensable que hubiera indicado convención al respecto, ó que la bonificación prometida en la carta citada, hubiera hecho relación á lo uno ó á lo otro para su determinación.

Existiendo desacuerdo entre las partes sobre el monto de la remuneración ó *bonus*, debe ser determinado por árbitros.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3417).

CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de locación de servicios no puede rescindirse por uno de los contrayentes, por no depender él de su sola voluntad, y porque las partes deben someterse al contrato como á la ley misma.

No habiendo obtenido el actor todo lo que pretendía, procede la exoneración de costas al demandado.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3420).

ESTAFIA

Cuando se trata de infligir una condena, la ley exige convicción plena, que repose en justificativos claros como la luz meridiana.

Siendo admisible la explicación dada por el reo, y no habiendo otros justificativos de la culpabilidad del procesado, éste debe ser absuelto de culpa y cargo.

(Cám. Crim.; Bol. Jud., N.º 3421).

COBRO DE CUOTAS POR AFIRMADOS

Los Tribunales no pueden ni deben hacer declaraciones de carácter general. Sus decisiones sólo son eficaces al caso concreto llevado á su conocimiento.

Tratándose de un afirmado construido mediante un contrato celebrado directamente por la empresa constructora, con la mayoría de los vecinos de la calle á pavimentar; habiendo la Municipalidad, al aceptar ese contrato, impuesto la condición, que fué aceptada por la empresa constructora, de que la Municipalidad quedaba desligada de toda reclamación que por cualquier causa pudieran hacer los vecinos; y habiendo entendido la empresa que era ella y no la Municipalidad la que debía cargar con las gestiones necesarias para obtener de los vecinos el pago ó el reconocimiento de sus créditos, debe rechazarse la acción iniciada contra la Municipalidad por cobro de la cuota-parte correspondiente á un vecino propietario en la construcción de un afirmado frente á su propiedad.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3422).

ABOLUCIÓN DE POSICIONES POR UN TUTOR

Corresponde formular la repregunta dirigida al tutor por una de las partes, cuando el tutor, por su calidad de tal, ha debido tener conocimiento personal del hecho preguntado.

No habiendo intervenido en el incidente resuelto el apoderado de la parte vencedora, no procede la regulación de honorarios procuratorios en favor de este último.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3426).

COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

Cuando el mismo representante de los vendedores, en el acto del recibo de la carga, reconoce que sólo fué entregada al comprador una parte de las mercaderías vendidas (piezas de madera), en vez de la totalidad que se comprometieron los primeros á entregar, y no habiéndose cumplido, como correspondía, el contrato respectivo, deben hacerse efectivas las responsabilidades legales correspondientes.

Aunque se hubiese efectuado el pago del total de las mercaderías, sin reclamo de parte del comprador, existiendo la constancia á que se refiere el párrafo anterior, debe estimarse que el pago fué hecho por error, y, por lo tanto, el que lo hizo puede repetirlo.

Justificado que los vendedores no han cumplido, sino en parte, el contrato celebrado, el comprador tiene derecho para exigir la rescisión en la parte no cumplida, y la indemnización de los daños y perjuicios que por tal causa haya sufrido.

Por consiguiente, el vendedor debe ser condenado á devolver el importe de las mercaderías que no entregó, y á pagar, como indemnización, la utilidad que el comprador habría podido obtener.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3427).

CURADOR DE ALIENADOS

El curador de los insanos que no tienen bienes ni parientes conocidos, es el director del hospicio nacional de alienados.

Este cargo es público é irrenunciable.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3429).

PRIORIDAD DE EMBARGO

Aún cuando el tercerista de mejor derecho haya probado la prioridad del embargo obtenido por él, si no se ha probado que se trata de los mismos muebles embargados por el ejecutante, no debe reconocerse el mejor derecho que se reclama.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3430).

CONFESIÓN FICTA

Las sentencias sólo pueden anularse por haberse violado las formas sustanciales impuestas por la ley, ó por haber sido dictadas en virtud de un procedimiento en que se hubieran omitido trámites esenciales. Las apreciaciones equivocadas ó injustas del Juez respecto de las cuestiones de hecho ó de derecho, que pueden dar margen á la revocación de una sentencia, no pueden, en ningún caso, ser motivo de anulación.

La confesión ficta resultante de las posiciones que una de las partes no compareció á absolver, siendo una ficción de la ley, debe ceder ante la prueba real producida por la otra parte.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3431).

ESTAFA

El que sorprendiendo la buena fe de otros, les entrega, en cambio de mercaderías, billetes de banco que no tienen valor legal, comete el delito de estafa.

Tratándose de varias estafas, debe tenerse en cuenta la mayor y aplicarse al reo la pena señalada en el inciso 2.º, artículo 23 de la ley 4189, sobre reformas al Código Penal, considerándose las demás como reiteración del mismo delito. Corresponde, por ello, fijar la pena en siete años de penitenciaría, y demás accesorios legales.

(Cám. Crim.; Bol. Jud., N.º 3432).

COMPRAVENTA COMERCIAL

Si el que ha transferido un boleto de compraventa de una cantidad de rollos de quebracho que compró á un tercero, lo hace desligándose de responsabilidad de su parte por el cumplimiento de ese boleto, la parte á la que se transfirió el boleto y los derechos del comprador, no puede responsabilizar á la que se los ha transferido por falta de cumplimiento del contrato de compraventa.

La transferencia del boleto en las expresadas condiciones, no se rige por las disposiciones de la compraventa, sino por las del Código Civil referentes á la cesión de derechos.

Debe calificarse tal transferencia como cesión ó como venta, existiendo pacto expreso de irresponsabilidad en favor del que hizo la transferencia, y las partes deben sujetarse á tal estipulación como á la ley misma.

(Cám. Merc.; Bol. Jud., N.º 3434).

HOMICIDIO PROVOCADO

No debe admitirse la indivisibilidad de la confesión, tratándose de un procesado cuya actitud, después de cometer el homicidio, hace presumir que se extralimitó en la defensa, aunque resulte demostrado que hubo ataque peligroso contra él.

Corresponde aplicar al autor de homicidio provocado, con ofensas ilícitas y graves, la pena de tres años de penitenciaría, existiendo la atenuante de ser el reo menor de diez y ocho años.

(Cám. Crim.; Bol. Jud., N.º 3435).

ADVERTENCIA

Como en años anteriores, el número de «La Revista» correspondiente al 15 de enero, aparecerá conjuntamente con el del 31 del mismo mes.

LA DIRECCIÓN.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 8-AÑO XV

DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES — *¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?*, por la señorita Myrthes de Campos, pág. 113.

LEY DE INTENDENCIAS MUNICIPALES, pág. 116.

JURISPRUDENCIA:

El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales, pág. 118.

OBJETO Y DIVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—Leción dictada en la Facultad de Jurisprudencia de Lima, por el doctor Manuel V. Villarán, pág. 123.

LA NUEVA LEY DE CONDENA CONDICIONAL.—Significación y transcendencia, por P. Dorado, pág. 125.

CRÓNICA:

Indemnización por calles, pág. 127.

Retribución por locación de servicios, pág. 127.

Contratos de locación de servicios, pág. 127.

Estafa, pág. 127.

Cobro de cuotas por afirmados, pág. 127.

Absolución de posiciones por un tutor, pág. 127.

Compraventa de mercaderías, pág. 127.

Curador de alienados, pág. 128.

Prioridad de embargo, pág. 128.

Confesión ficta, pág. 128.

Estafa, pág. 128.

Compraventa comercial, pág. 128.

Homicidio provocado, pág. 128.

ADVERTENCIA, por la Dirección, pág. 128.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO 18 de Julio 23

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

DE

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Azuñe y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scrapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero, Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Gejile, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Paz, A.
» Martínez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campe, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarichaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tjó, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaias.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE ENERO DE 1909

NUMERO 9

Sobre aclaratoria de sentencia

En caso de solicitarse la aclaratoria de una sentencia, ¿desde cuándo se cuenta el término para apelar?

I

Esta cuestión puede presentar máximo interés si, dictada una sentencia definitiva, llegara á suceder que la parte, luego de haber sido notificada en forma,—pidiera aclaración ó explicación de los términos en que está concebida la decisión judicial,—y si el Juez que la ha dictado encontrara su sentencia perfectamente clara y proveyera en tal sentido, hallándose entonces la parte que ha pedido aclaratoria sin poder hacer uso del recurso de apelación, por haber vencido en estos trámites, el plazo de cinco días establecido por el artículo 664 del Código de Procedimiento Civil para entablarlo,—y por entender el Juez que el pedido de aclaración de la sentencia no suspende el término para apelar.

Supongamos, por ejemplo, que el día 1.º de diciembre se hizo la notificación á la parte vencida, de una sentencia definitiva dictada. El día 2 presenta esa parte un escrito pidiendo aclaratoria de una parte de la sentencia que reputaba confusa, y pidiendo que mientras no se le notificara el auto aclaratorio, no le corriera el término para apelar.

El Juez provee el 5, manifestando que su sentencia es perfectamente clara y que no necesita explicación alguna, y negando al mismo tiempo la suspensión del término que se pide. Este auto ha sido notificado á la parte interesada el día 7 de diciembre.

Fuera del recurso de revocación y el de apelación en subsidio que podría tener la parte contra el auto que niega la aclaración solicitada, y que podrían serle igualmente desfavorables, ¿habrá perdido realmente el derecho de apelación establecido en el artículo 654 del Código de Procedimiento Civil? ¿Por el hecho de no haber instaurado, mientras se resolvía el pedido de aclaración interpuesto, el recurso de apelación, habrá quedado la sentencia definitiva dictada, consentida y con fuerza de ejecutoria?

Es esta la cuestión que pasará á examinar.

II

Nuestra ley procesal ha establecido un plazo perentorio para la interposición del recurso de apelación, y lo ha establecido basándose en incontrovertibles fundamentos de orden público. Una vez que el fallo del Juez sobre el punto controvertido ha llegado á conocimiento de las partes, estas deben decidir sin dilaciones altamente perjudiciales, si deben apelar, considerando que la sentencia dictada les reporta un agravio cualquiera. Si la apelación pudiera ser interpuesta en cualquier tiempo,

el orden social se vería trastornado; nadie estaría seguro de las decisiones judiciales, la cosa juzgada no existiría en realidad, con grave perjuicio del interés público que debe desear la rápida terminación de las contiendas para que la sociedad se halle sólida y fundamentalmente establecida.

No puede negarse, pues, la razón evidente que ha tenido el legislador para establecer un término perentorio para apelar.

Esto determinado, ¿se puede decir que siempre los litigantes, una vez notificados del fallo recaído en la contienda que sustentan, se hallan en situación de apreciar claramente si es ó no conveniente la interposición del recurso de apelación?

Es evidente que cuando las partes son notificadas de una sentencia precisa y categórica, que determina, sin género alguno de dudas, la condición en que cada una de ellas queda de acuerdo con la decisión judicial en el litigio solucionado, nada puede permitir que ese plazo breve establecido por el legislador, en mérito del más alto interés social, no sea observado rigurosamente por los contendientes en el juicio terminado.

Pero, ¿puede decirse lo mismo cuando se trata de fallos ambiguos ó oscuros que no delimitan netamente la situación de cada una de las partes? Evidentemente no. ¿Puede decirse lo mismo cuando no ha habido en realidad una notificación completa del fallo dictado?

Para que pueda determinarse decididamente si debe ó no interponerse el recurso de apelación, es necesario que las partes reciban una notificación completa de la sentencia, y es incuestionable que no hay esa notificación completa, necesaria para que la sentencia pueda ser apreciada en toda la comprensión de lo dispositivo, en tanto que se halla pendiente la cuestión sobre la oscuridad ó ambigüedad de la misma.

¿Cómo podrán las partes concluir de una sentencia aún incompleta, puesto que se halla pendiente la cuestión de su significado, si deben ó no apelar?

Respecto de la sentencia que es aclarada, estableciéndose con precisión el alcance de su disposición, no puede caber duda que hay notificación completa, y por ende, posibilidad de apelar, una vez que ha sido notificada la aclaración que fija netamente el verdadero carácter del fallo judicial. Es recién entonces que las partes pueden darse acabada cuenta del agravio que la sentencia les infiere, é interponer, con pleno conocimiento de causa, el recurso de apelación pertinente.⁽¹⁾

Cuando se solicita la aclaratoria de sentencia y se deniega ésta, ¿se puede decir que hay verdadera notificación desde que se conoció el fallo que se mantiene en toda su integridad por el acto posterior del Juez recurrido?

Eso sería un absurdo. La parte que pide aclaratoria de sentencia, es porque considera que ésta no determina con precisión las condiciones recíprocas de los litigantes, es porque no sabe á ciencia cierta si se le infiere ó no agravio por la decisión judicial, es porque se ve en la imposibilidad de apreciar si le conviene ó no interponer el recurso pertinente.

¿Se podría alegar acaso que la parte que pide aclaratoria, dejó pasar los cinco días que la ley establece para entablar el recurso de apelación, que consintió la sentencia, aunque solicite le sea explicada satisfactoriamente?

La misma? La negativa se impone. No se concebiría en realidad un término cuya suspensión dependiera del resultado feliz ó adverso de la decisión esperada, un término que quedaría en suspenso si fuere admitida la aclaración, hasta tanto la sentencia sea completada, y que correría en cambio si se deniega la aclaración solicitada.

Es necesario establecer, por el contrario, que cuando se pide aclaratoria de sentencia, tanto en uno como en otro caso, no se hallan reunidas las condiciones necesarias para que la determinación sobre la apelación pueda ser libre y conscientemente adoptada, y que, por consiguiente, no puede correr el término fijado para apelar hasta tanto no se resuelva lo que no permite que el fallo dictado tenga la necesaria é impecable nitidez.

III

Podría decirse que si bien es cierto que lo lógico cuando se pide aclaratoria de sentencia, es que se suspenda el término para apelar,—es evidente que la ley no ha hablado de tal suspensión del término establecido para apelar, y que, no habiendo disposición legal al respecto, debe decidirse que el término corre desde que se notifica la parte de la sentencia dictada.

Los fundamentos racionales de la facultad concedida por la ley para aclarar ó ampliar el fallo pronunciado y los antecedentes que han decidido su incorporación en nuestro Código de Procedimiento Civil, demuestran acabadamente que no puede aceptarse otra solución que la que establece la suspensión del término para apelar entretanto no se dé fin á la cuestión pendiente sobre aclaración ó ampliación de sentencia.

Basta examinar las doctrinas seguidas por las legislaciones á este respecto, para darse cuenta de cuáles han sido los elementos que han informado nuestros preceptos legales.

Es verdad que el derecho romano no admitió el principio de la ampliación de la sentencia.—Ulpiano, en la ley 55, de *re iudicata*, decía: *«juxta postea aquam, semel sententiam dixit, postea juxta desinit et hoc jure utimur: ut juxta, qui semel vel pluris vel minoris condemnari, amplius corrigere sententiam suam non possit, semel eum male sen bene officio functus est.»*

El decreto italiano, como lo hace notar Mattiolo, «Trattati giudiziario civile», tomo IV, pág. 93,—siguió en parte el criterio romano, por cuanto no habla para nada de la ampliación ó interpretación de la sentencia.—Sin embargo, establece en el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil italiano, lo que denomina «corrección de la sentencia».—Esta corrección del fallo judicial tiene lugar, solamente por errores materiales ó omisiones.—A este respecto hace notar el ilustre comentarista italiano, que es necesario distinguir netamente la corrección de los errores materiales contenidos en una sentencia, de la interpretación de una sentencia oscura ó ambigua.

La primera se relaciona con un error material y extrínseco de la sentencia, pidiéndose aclaración, explicación ó determinación exacta de lo dispositivo de ella. (En este mismo sentido se expresa Franceschini en su obra «La correzione de la sentenza»).—La primera de estas formas es la que ha adoptado el legislador italiano.

Otras legislaciones tratan explícitamente de la corrección y de la interpretación.

El Código de Ginebra establece en su artículo 280, el derecho de pedir la interpretación de toda sentencia oscura.

(1) El distinguido jurista consulto y catedrático doctor Pablo De-María se ocupa, con la claridad y precisión que caracteriza todos sus escritos y en otro tomo de esta REVISTA, de este tópico, al estudiar una cuestión conexa con la que examinamos en estas líneas.

El Código procesal germánico, en el artículo 290, dice textualmente: «los errores de escritura, de cálculo y otras semejantes inexactitudes que se hallen en una sentencia, pueden corregirse aún de oficio». Y el artículo 291 prescribe: «si la sentencia contuviera inexactitudes diferentes á las anteriores, como omisión, oscuridad ó contradicción, la rectificación deberá ser interpuesta dentro de siete días.»

Sin embargo, en algunas de estas legislaciones, como la italiana, la corrección de la sentencia puede pedirse aún después que la sentencia misma haya adquirido el valor de la cosa juzgada,—puesto que no se trata de impugnar la decisión, sino simplemente restablecerla en su verdadero significado, eliminando errores puramente materiales.—De aquí que no se presente la cuestión de si debe declararse en suspenso el término para apelar mientras no se resuelve la corrección.

La legislación francesa nada ha dicho al respecto,—por lo que no puede buscarse en ella los fundamentos que sirvan para explicar el alcance de la disposición legal establecida en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil.

Es la legislación española la que nos suministra preciosos y concluyentes datos sobre el particular.

Las disposiciones españolas tienen su origen en las leyes de Partidas.—Las leyes 3.^a y 4.^a, título 22, Parte 3.^a, así como la ley 39, tit. 1.^o, lib. 5.^o, de la Novísima Recopilación,—establecían que «tal juicio como éste (la decisión judicial) pues que una vez oviese bien ó mal juzgado, non lo puede taller, nin mandar aquel juez que lo juzgó.—Pero si el juzgador non oviese fallado on aquel juicio de los frutos é de la renta de ella, é non oviese condenado á la parte, contra quien fuese dado el juicio, en las costas, ó si por ventura oviese juzgado cosas más ó menos que non deviesse; bien puede todo juzgador en razón dellas, en la manera que entendiese que lo deve fazer según derecho.»

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 1855, estableció en su artículo 77 que á instancia de partes podían los Jueces ó Tribunales aclarar algún concepto oscuro de la sentencia ó suplir cualquier omisión de la misma.

Como se ve, esta disposición era análoga á la que establecen los artículos 486 y 487 de nuestra ley procesal.—Pues bien, á pesar de que se establecía en esa ley española del año 1855, un término perentorio para apelar,—como nuestro código,—los comentaristas sin excepción establecen que el término para entablar el recurso de apelación queda en suspenso mientras se trata la cuestión de la aclaratoria.

En este sentido, dicen Manresa, Miquel y Reus:—«Ley de Enjuiciamiento Civil española»,—tomo I,—pág. 234,—que el término de la apelación no puede contarse desde el día siguiente á la notificación de la sentencia, sino después de haberse dictado el auto que concluye el pedido de aclaratoria».

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, del año 1885, posterior á la promulgación de nuestro Código procesal, estableció en el artículo 363: «no podrán los Jueces ó Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro, ó suplir cualquier omisión que contenga sobre punto discutido en el litigio».—Determina, además, que esa aclaración puede ser hecha de oficio.

Y en el artículo 407 se expresa que en los casos en que se pida aclaración de sentencia, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 363, «el término para interponer el recurso que proceda contra la misma sentencia,

se contará desde la notificación del auto en que se haga ó se deniegue la aclaración.»

Así, pues, la ley procesal vigente en España establece categóricamente la suspensión del término para apelar.

Si se tiene en cuenta que nuestros artículos han sido tomados incontestablemente de la ley española del 55, y que dentro de esa ley,—como dentro de la legislación actual que lo determina expresamente, la suspensión del término para interponer el recurso de apelación no fué nunca negada y sí admitida sin excepción, ¿no es necesario concluir que tal es también el criterio seguido por nuestro legislador? ¿Si hubiera querido establecer otra cosa distinta de la doctrina adoptada por las fuentes no lo hubiera expresado netamente, indistintamente, á fin de evitar que se siguiera la interpretación general aplicada en el derecho español?

La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no hizo otra cosa que consagrar lo que la doctrina y la jurisprudencia habían de consuno adoptado antes de su promulgación. Se podría criticar á nuestro Código que no hubiera establecido expresamente el criterio que quería determinar, como lo hizo la ley española, pero nunca podría concluirse de esto, que su intención fuera la de apartarse de la doctrina sustentada por aquélla.

IV

Se ha argumentado en contra de la solución que expongo, manifestando que el hecho de haber establecido la ley términos brevísimos para el pedido de aclaratoria y su resolución judicial, demuestra que el legislador ha querido dejar subsistente el término para apelar,—puesto que la brevedad de la cuestión sobre aclaratoria ó ampliación de una sentencia, da tiempo para que aquel que la ha solicitado, entable luego la apelación correspondiente.

Muy pocas palabras bastan para demostrar la sinrazón de esta argumentación.

El artículo 486 del Código de Procedimiento Civil prescribe que la aclaración debe solicitarse dentro de las veinticuatro horas de notificada la parte. Así, pues, interpuesto el pedido de aclaratoria en el día siguiente á la notificación, si sube en seguida al despacho, el Juez gozará del plazo de tres días para pronunciarse, de manera que cuando se expide hace ya cuatro días que se notificó la sentencia; si al siguiente día la parte se entera del fallo judicial sobre la aclaratoria, resulta que debería presentar su apelación en los pocos minutos que le quedarían disponibles, antes de vencer el plazo de cinco días fijado por el artículo 664 del Código de Procedimiento Civil.

Pero no es esto lo que pasa, ni lo que debe lógicamente esperarse que suceda.

Las notificaciones siempre se retardan, el actuario no puede obrar siempre con una diligencia intachable, los Jueces esperarán comunmente para resolver á último momento, y entonces la notificación del auto que aclara ó deniega el pedido será realizada después de transcurridos los cinco días dentro de los cuales es sólo procedente la apelación.

De modo que, á aceptar la solución que combato, la mayor ó menor diligencia del Juez y de sus subordinados vendría á determinar, en último término, si hay ó no apelación!—No puede pedirse absurdo mayor.

La ley no puede haber consagrado tan defectuoso sistema.—Siguiendo, por el contrario, los antecedentes de la legislación española, considero que el término para apelar debía ser suspendido mientras no se resolviera la

cuestión sobre la aclaratoria, fijando como correspondía términos brevísimos á fin de que la condición en que la sentencia iba á quedar, no permaneciera largo tiempo indecisa, con grave perjuicio de la estabilidad social.

Al adoptarse la tesis contraria, los términos por la ley establecidos serían aún demasiado largos en su relativa brevedad, dados los cinco días perentorios dentro de los que debe interponerse el recurso de apelación.

Con esta doctrina habría que llegar á la conclusión de que la apelación no podría ser interpuesta, siempre que el apelante, aún cuando no se hallase con completo conocimiento de lo que la sentencia determina, no tenga la precaución de interponer también, al solicitar la aclaratoria de la sentencia, el recurso pertinente ante el Juez que corresponda.—Pero esto sería una monstruosidad que es menester rechazar sin más trámite.

La prueba de que la brevedad de los términos tiene su base en la necesidad de resolver cuanto antes la indecisión sobre la suerte del fallo judicial, está en que la nueva legislación española de 1885, que establece expresamente que el término para apelar no corre sino después de la notificación del auto que accede ó deniega la aclaración solicitada,—prescribe un plazo más breve aún: la aclaración debe ser pedida dentro de 24 horas y el auto del Juez pronunciado al día siguiente.—La brevedad del término, pues, no puede servir de base á suposiciones del todo gratuitas respecto de la intención del legislador.

V

Se ha alegado también que la ley es clara sobre la materia,—que los artículos 486, 487, 488, 489, 490 y 664 del Código de Procedimiento Civil, son precisos y que, por consiguiente, no es procedente apartarse de su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

Fuera de que las leyes no deben aplicarse de una manera estúpida mecánica, es evidente que los artículos citados no establecen nada respecto de cuándo debe comenzar á contarse el término de apelar en caso de aclaratoria de sentencia.

Es precisamente porque la ley procesal no dice nada, y porque la doctrina contraria nos llevaría á verdaderos absurdos, rompiendo la debida correspondencia y armonía que debe existir entre las distintas partes de la ley (artículo 20 del Título Preliminar),—que debe necesariamente acudir á las fuentes de la razón y del origen de esas disposiciones legales, para averiguar y penetrarse de su verdadero alcance jurídico.

Y esos fundamentos no dejan lugar á duda sobre la solución que debe adoptarse.

Respecto de que en la práctica se resuelve esta cuestión en el sentido de la no suspensión del término para apelar, aunque se haya pedido aclaratoria de sentencia, si bien es cierto que en algunos casos se ha solucionado la cuestión en ese sentido,—no es menos cierto que esto sólo pone de manifiesto que nuestros Jueces no han examinado con la detención necesaria el asunto y no han querido beber en las fuentes de nuestras disposiciones legales, el verdadero alcance y concepto jurídico de ellas.

VI

Es indudable que la facultad de la aclaración de la sentencia admitida por nuestra ley, está basada en la equidad, en la conveniencia y en axiomas inmutables de derecho, como lo dice Manresa y Navarro en la pág. 125 del tomo II de sus «Comentarios á la Ley de Enjuicia-

miento Civil».—Nada más natural que se dé toda la claridad y precisión debidas á la sentencia que es oscura ó ambigua, signiando el precepto legal establecido en el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil de que las decisiones judiciales deben ser «positivas, expresas y precisas».

Y la legislación española es todavía más completa que la nuestra, pues permite la aclaración ó ampliación de la sentencia instaurada de oficio.

Pero nada más natural también que el término para apelar no se cuente ó empiece á contar, hasta que la indecisión que sobre la sentencia existe no se halle solucionada.

«Como el auto estimando ó denegando la aclaración ó adición solicitada es el complemento de la sentencia, dice Manresa y Navarro, el término para interponer contra la misma el recurso que proceda, se contará desde el día siguiente á la notificación de dicho auto.» (Pág. 128, tomo 2, obra citada).

Cuando se solicita la aclaración, de lo que se reanueva depende que las partes se conformen ó no con el fallo dictado, puesto que recién entonces estarán seguras de su verdadera comprensión. Recién entonces es que la sentencia se complementa; es entonces, pues, cuándo debe comenzar á correr el término para interponer la apelación.

Galdi, en el tomo V, núm. 113 de su obra «Procedura Civile», dice que para que pueda empezar á correr el término para apelar, es necesario que se haya realizado una notificación en forma, para lo que es necesario: 1.º que sea incontestable, 2.º que dé el pleno conocimiento de la sentencia que puede ser objeto del recurso de apelación. Es necesario, en efecto, que el litigante pueda apreciar con entera exactitud la sentencia, penetrarse de su significado y decidir así, con pleno conocimiento de causa, si debe entablar ó no el recurso de apelación.

Mientras existe pendiente la cuestión sobre aclaración ó ampliación de la sentencia, es imposible que pueda decirse que hay notificación regular y completa. Una vez que el auto del Juez es dictado, accediendo ó denegando la aclaración ó ampliación de la sentencia, es cuando el litigante se halla en condiciones de decidir respecto de la actitud que debe asumir ante la sentencia dictada. Es la notificación de este auto en que se resuelve el pedido de aclaratoria, lo que da al litigante el pleno, entero y completo conocimiento de la extensión y comprensibilidad de la sentencia.

VII

Lo que acabamos de exponer respecto de las sentencias definitivas, es igualmente aplicable á las sentencias interlocutorias que ponen fin á un incidente cualquiera?

Se podría decir que el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil se refiere á las sentencias definitivas y que, por consiguiente, parece que no debiera comprenderse en esa disposición las sentencias interlocutorias.

El capítulo VII, título IV, 1.ª parte del Código de Procedimiento Civil, tiene como epígrafe: «De las sentencias», y dentro de él se prescriben todas las condiciones que deben reunir las sentencias para ser válidamente dictadas. Se puede decir que en él se tratan todas las cuestiones referentes á los fallos judiciales, bien sean sentencias definitivas ó interlocutorias.

Así, pues, no es posible negar que estas últimas sentencias, lo mismo que las definitivas, deben ser aclaradas ó ampliadas. Las sentencias, dice el artículo 462, contendrán decisiones expresas, positivas y precisas; re-

caerán sobre las cosas litigadas, con arreglo á las acciones deducidas.

Las sentencias interlocutorias, las que ponen fin á un incidente, deben ser, pues, claras y precisas y recaer sobre las cosas objeto de la litis.

¿Qué razón puede haber entonces para que las sentencias definitivas pudieran ser aclaradas ó ampliadas cuando son oscuras ó ambiguas, ó contienen omisiones, y las interlocutorias no? ¿Sería lógico, sería acaso justo que pudieran permanecer oscuros y defectuosos los fallos judiciales de esta categoría, contra la letra y el espíritu del artículo 462 del Código de Procedimiento Civil?

La dignidad, el decoro de la administración de justicia sufrirían si no pudieran ser aclarados los fallos dictados por los Jueces, terminando muy á menudo incidentes de tanta ó mayor importancia que las cuestiones que se resuelven con el carácter de principales. El descrédito de la administración de justicia no tardaría en sobrevenir, á pesar de que el legislador ha sancionado las disposiciones de los artículos 486 á 488 del Código de Procedimiento Civil, á fin de evitar esa causa de desmoralización, haciendo de cada una de las sentencias por la justicia pronunciadas, otros tantos fallos precisos, categóricos, indubitables, que establezcan con toda claridad y nitidez el derecho de cada una de las partes litigantes.

Montevideo, enero 10 de 1909.

ADOLFO BERRO GARCÍA.

Derechos entre los cónyuges ⁽¹⁾

¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?

(Conclusión)

POR LA SEÑORITA MYRTHES DE CAMPOS

(Doctora en Derecho del Foro brasileño)

Prevedo el ardor de la defensa de los principios seguidos por nuestro legislador criminalista, pero tenemos en favor de nuestras ideas el apoyo del derecho civil patrio y del derecho penal en la mayor parte de los países europeos. «La desigualdad en la represión del adulterio sólo existe en las leyes penales de Francia, de Bélgica, de Italia y de España», siendo la legislación francesa la única que lleva la desigualdad hasta el punto de consagrar la ferocidad de la venganza, privada con la permisión del asesinato de la mujer y del cómplice en *in fra ganti* delicto.

Es la defensa brutal de la propiedad consentida por la ley que, en la espiritual frase de Beaumarchais, considera á la mujer menor en relación á sus bienes, mayor para recibir el castigo de sus faltas.

En Austria, en los Países Bajos, en Suiza, en Rusia, el adulterio de los dos cónyuges es castigado igualmente.

En Alemania, en Hungría, en los cantones de Bale, Neuchâtel, Saluse y Zurich sólo es aplicable la pena cuando el adúltero da lugar al divorcio ó á la separación de cuerpos.

En Inglaterra, en el cantón de Ginebra, en el Estado Americano de New York, el adulterio no constituye delito. ⁽¹⁾

En cuanto á los deberes de vida en común y de mutua asistencia, la ley establece una perfecta reciprocidad.

Veamos ahora los derechos especiales del marido, cuyo conjunto forma el poder marital ó la tutela marital. (Clovis Bavilaqua, op. cit., pág. 167, Dec. n. 181).

Compete al marido:

- a) Fijar el domicilio conyugal;
- b) Autorizar la profesión de la mujer y dirigir la educación de los hijos;
- c) Representar y defender á la mujer en los actos judiciales y extrajudiciales, cuando no es necesaria la intervención personal de ella;
- d) Administrar los bienes comunes y aquellos que por contrato ante nupcial, ó en virtud de la ley, deban ser administrados por ella.

No hallamos en las disposiciones citadas, nada que acredite la conservación del antiguo derecho que tenía el marido á exigir la obediencia de la mujer, con su inevitable corolario del derecho de corrección doméstica.

Ni tampoco hallamos el derecho conferido al marido de obligar á la mujer á acompañarlo á cualquier parte, aun en el caso en que él sea un vagabundo, ó si ya lo era al contraer matrimonio y la mujer lo sabía. ⁽²⁾

Nos referimos, por ello, á estos principios decrépitos de las Ordenanzas referentes á lo dispuesto por el artículo 52 § 3.º del Decreto núm. 181: por acudirnos á la memoria la opinión de un juriscónsulto, de que el marido tiene el derecho de hacer volver á la mujer al domicilio, conyugal, por medio de la fuerza pública, *manu militari*, lo que el citado juriscónsulto considera muy conveniente. ⁽³⁾

Nos permitimos discrepar de esta valiosa opinión, paeciéndonos que el deber de vida en común de ambos cónyuges y el derecho que tiene el marido de fijar el domicilio conyugal, no lo autorizan á hacer uso de la violencia contra la mujer.

El caso está previsto por el artículo 82, § 3.º del decreto núm. 181, que dispone que el abandono voluntario del domicilio conyugal y prolongado por dos años continuos es motivo de divorcio, única solución razonable y también adoptada por la legislación alemana. ⁽⁴⁾

Íntil es querer hacernos retrogradar ó imitar á Francia, pregonando la conveniencia de un recurso legal contrario á la dignidad humana y especialmente humillante para el marido que tiene la simplicidad de confesar su debilidad moral, yendo á implorar la fuerza pública para que ésta le restituya la mujer que le abandonó.

Es cuanto la autorización del marido relativa á la profesión de la mujer, nótese que es de hecho exigida para el ejercicio del comercio, pero que en todas las otras profesiones la liberalidad de las costumbres hállese en oposición con la ley. Nadie ignora el gran número de mujeres que ejercen entre nosotros diversas profesiones y hasta funciones públicas como el magisterio municipal.

(1) Moritz.—Thibault: De l'Autorité Maritale», pág. 295.

(2) Borges Carneiro: «Derecho Civil», vol. II, pág. 67.

(3) Proyecto del Código Civil, trabajos de la Cámara, vol. V, pág. 16.

(4) Schoerer: «Principales diferencias entre el Código Napoleón (1804) y el C. Guillermo II (1900)», pág. 11.

(1) Véase págs. 98 y 113, año corriente.

pal, sin la intervención del marido, lo que no es de extrañarse.

Desde que las contingencias de la vida imponen la necesidad del trabajo, y pasa la mujer á ser la colaboradora del hombre en vez de ser su protegida, es inevitable el debilitamiento de la autoridad marital.

En la educación de los hijos el poder de la dirección fué confiado por entero al marido (decreto 181, artículo 56, § 3.º), pero hasta en este mismo punto, vemos en la familia brasileña, la preponderancia de la costumbre en favor de la mujer. Ella, como es natural, es el primer guía de la existencia de los hijos, y aun cuando además de la educación doméstica se presenta la necesidad de la instrucción, contribuye poderosamente para la elección de los maestros á quienes los hijos deben ser confiados.

En todo, los hechos demuestran el poder de la autoridad materna, y es justo que el derecho la asocie á la patria potestad tanto cuanto ello sea posible.

Así lo entendieron el Código portugués, artículo 138, y el Código alemán de 1900, que reconocen el derecho que tiene la madre de ejercer, simultáneamente con el marido, el derecho y el deber de proteger las personas de los hijos. (1)

Reglamentando el consentimiento de los padres para el casamiento de los hijos menores, el decreto número 181 en el artículo 18, fué un tanto desfavorable á la mujer, determinando que, cuando hubiese divergencia de opinión entre la madre y el padre, fuese bastante el consentimiento de éste.

Más razonable sería, en tales casos, que prevaleciera la decisión judicial que evitara la apariencia de la inferioridad de la madre, en lo que ciertamente no pensó el legislador, que le concedió la patria potestad, en defecto del marido.

Pasando á considerar el deber impuesto al marido de representar á la mujer en los actos judiciales ó extrajudiciales y defenderla, encontramos luego las consecuencias de tales disposiciones que impiden á la mujer casada contraer obligaciones y comparecer en juicio sin la autorización del marido, salvo en los casos en que el consentimiento pueda ser suplido por el Juez ó que no sea necesario.

En cuanto á la administración del marido sobre los bienes de la comunidad es extremadamente amplia con relación á los muebles, «pudiendo válidamente gravarlos, enajenarlos y por causa de ellos comparecer en juicio por derecho propio». Hay, todavía, «limitación al poder marital»; (2) no siéndole permitido al marido enajenar inmuebles, cualquiera que sea el régimen del casamiento, sin el consentimiento de la mujer; y hasta en la amplia administración de los muebles, el derecho patrio quiso en alguna forma proteger á la mujer.

Así, determina que las fianzas prestadas por el marido sin el consentimiento de la mujer, obligan, en realidad, solamente «á los bienes propios de él, ó á su parte en la mediación», y que las donaciones gratuitas é ilimitadas le son imputadas en la mediación, teniendo la mujer el derecho de repetir las á los donatarios en la parte inoficiosa.

Aparte de la complicación que existe para probar la modestia de la donación, todavía los derechos conferidos á la mujer son muy limitados, desapareciendo con relación á la fianza desde que ésta sea prestada en garantía de contratos sobre rentas públicas, porque en este caso obliga á todos los muebles de los cónyuges. Y es

indudable que, la amplitud de los poderes de administración del marido, sobre los bienes muebles, corresponde á la incapacidad de la mujer para disponer de ellos á cualquier título sin el consentimiento marital.

No nos permiten los límites de una relación que debe ser concisa, la apreciación detallada de cuestiones relativas al patrimonio, en que sería indispensable tratar ampliamente del régimen de los bienes en el casamiento, incurriéndose sin duda en la justa censura aplicable á los que escriben demasiado: «qui ne sait se borner, ne sut jamais écrire».

Pasaremos entonces, en brevísimos rasgos de legislación comparada, á demostrar la posibilidad de ser elevada la condición jurídica de la mujer en el casamiento, no seduciéndola por ello la ilusión de que deban ser copiadas las leyes extranjeras. Adoptemos de ellas sólo aquello que sea adaptable á nuestro medio social.

Felizmente va siendo cada vez mejor comprendida la injusticia de la subordinación de la mujer casada y desapareciendo sucesivamente de diversas legislaciones. El Código alemán de 1900 suprimió su incapacidad civil, admitiendo simples limitaciones en el ejercicio de sus derechos, resultantes del régimen matrimonial adoptado. Desaparecieron los antiguos principios que proclamaban la necesidad de autorización marital, para que la mujer pudiese ejercer una profesión, hacer un contrato ó comparecer en juicio.

El proyecto de Código Civil suizo que debía sustituir la variedad de las legislaciones cantonales, se inspiró también en las tendencias modernas y justas, tratando en cuanto fuese posible de establecer la igualdad entre los esposos.

En Austria «libertada la mujer casada de la incapacidad que hacían pesar sobre ella las costumbres germánicas, se libra también de las incapacidades que restringían su actividad en la ley romana. Plenamente capaz, no tiene necesidad de autorización del marido para obrar. (1)

Hasta Rusia tiene una legislación matrimonial progresista: La independencia de la esposa es considerable; su situación es idéntica á la del marido». (2)

En los Estados Unidos, que por mucho tiempo sometieron á la mujer casada á los rigores de la *common law*, en la variedad de legislación de los diversos Estados de la Unión, aparece ya la completa capacidad de la mujer casada y su verdadera independencia del marido.

La Inglaterra siguió el ejemplo de su ex colonia: después de haber mantenido á la mujer bajo una rigurosa sumisión que inspiró el libro de Stuart Mill: *On the Subjection of Women*, y por medio de leyes sucesivas la libertó completamente de la tutela marital. Puede decirse con Ledue, que en la Gran Bretaña: *Le mariage ne exerce plus aucun effet sur la condition juridique de la femme*. Así es, que casándose la mujer inglesa con un extranjero, no pierde su nacionalidad, sistema que, como dice Laurent (3) es preferible al de los otros países, en los cuales la ley establece que la mujer siga la condición del marido.

En nuestra legislación es este un punto todavía objeto de controversia, habiendo á pesar de ello, opiniones valiosas que están en oposición con el principio de la pérdida de la nacionalidad por el casamiento: La mujer, no sigue la condición del marido, este residuo del *mundium*,

(1) Gastambide: *L'Enfant devant la Famille et l'Etat*, pág. 46; Taudier: *Traité de la Puissance Paternale*, pág. 529.

(2) Laffayette—cit. § 39.

(1) Affatton: «La Femme Mariée, ses Droits et ses Intérêts», pags. 327 et 328.

(2) Affatton, op. cit., pág. 336.

(3) «Principes de Droit Civil», vol. I, 454.

afirmó con razón el insigne jurista doctor Carlos de Carvalho. (1)

En realidad, la Constitución de la República, determinando los casos en que se suspenden ó pierden los derechos de brasileño (artículo 71, §§ 1.º y 2.º) no hace explícita ni explícitamente ninguna referencia al matrimonio.

Los progresos legislativos que acabamos de señalar, prueban plenamente que las ideas de inferioridad física de la mujer, dominantes entre los pueblos bárbaros, y las de inferioridad moral de la legislación romana, están en completa decadencia, y sin que se pretenda alterar el orden natural estableciendo la rivalidad entre los sexos, se proporciona á la mujer entera libertad para el ejercicio de sus aptitudes, concediéndole derechos, lo que no implica la obligación de ejercerlos.

No se puede ya admitir con razón la sumisión femenina emanada de prejuicios y de condiciones sociales, diversas de la actual. Si las manifestaciones intelectuales del hombre han sido superiores á las de la mujer, esa diferencia se explica por la educación que ella recibe. Es una superioridad aparente apenas, y semejante á la que había en la antigüedad, entre los hombres libres y los esclavos, como dice Novicow, habiendo estado la ventaja de parte de los primeros debido únicamente á su posición, que consistía en la libertad.

Hoy la mujer se instruye; su trabajo, hasta aquel que practica fuera del hogar, en cualquier punto donde encuentre un medio honesto de subsistencia, se impone, no como una manifestación pretenciosa del ideal de igualdad, sino como una necesidad. El reconocimiento de su personalidad como un ser consciente y libre ó como una «unidad económica, independiente», es inevitable, en buena hora los benévolo protectores de la debilidad femenina pretendan determinar su esfera de acción con una precisión matemática.

La organización familiar, la natural división del trabajo, proclamada normal y regular, produce numerosas y oportunas excepciones. «La necesidad destruye brutalmente el equilibrio que parecía existir en el plano de la naturaleza» (2) y á todas esas alteraciones de la vida han de corresponder diferentes modificaciones de las instituciones jurídicas, las que no pasan entre nosotros inadvertidas. Sufrimos también la influencia de la ley general del progreso: desde hace tiempo despertó la atención del distinguido jurista doctor Silva Costa, la situación legal de la mujer casada, y en un trabajo más reciente (3) el notable romanista doctor Bulhões Carvalho expresó su opinión favorable á la abolición «de todas las restricciones impuestas á la capacidad civil de la mujer».

En la sección de la Comisión encargada de redactar el proyecto del Código Civil en el extinguido régimen y hallándose presente el señor don Pedro II, se manifestó el doctor Silva Costa, contra «el arcaísmo romano, según el cual la mujer casada es incapaz, y es como una *captis minor*».

«Es necesario, decía el orador, salvar la contradicción que fluye de la legislación que niega capacidad civil á aquella misma á quien faculta el derecho autonómico de testar, y que al mismo tiempo que la somete á la tutela del marido le concede el derecho de oponerse á la venta del inmueble de los cónyuges. (4)

Sin hacer innovaciones que se puedan juzgar subversivas, sometiendo á la apreciación del Congreso Jurídico Brasileño ideas ya enunciadas por preclaros juristas consultos y sustentada por nosotros ante el Tercer Congreso Científico Latino-Americano, del cual merecieron la aprobación, concluimos:

1.º Que debe ser abolida la incapacidad civil de la mujer casada.

2.º Que podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre los cónyuges.

Jurisprudencia

La usurpación de una marca de comercio no constituye un acto de comercio. Es un acto ilícito ajeno á la actividad normal del comercio y su juzgamiento corresponde á la justicia civil.

Los señores A. Soury y C.^a inician demanda ante el Juzgado Letrado de lo Civil de 1.º turno contra la señora viuda de Bach por usurpación de marca de comercio.

La demandada se exceptúa en la forma siguiente:

SE INICIA EL INCIDENTE

Que en tiempo y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 590 y 246 del Código de Procedimiento Civil, opongo la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, debiendo V. S. declararse incompetente, y de cargo del actor las costas y costos causados.

Según la terminante disposición del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, son los Jueces Letrados de Comercio los que deben conocer en primera instancia de todas las causas comerciales de más de veinte pesos que ocurran en su jurisdicción, y por el artículo 5.º del Código de Comercio los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salva la prueba contraria.

En la acción entablada se habla de bultos de mercaderías, luego de actos de comercio, cuya prueba debe ajustarse á las disposiciones de la ley comercial, siendo por ello indiscutible que se trata de causa comercial. Es asunto entre comerciantes y por actos de comercio.

El artículo 13 del Código de Comercio establece que en caso de duda, se presumen comerciales las obligaciones de la mujer comerciante.

Si no se tratara de un acto de comercio, la acción contra la mujer comerciante estaría mal entablada, tendría que demandarse al marido, y en tal caso sería procedente la excepción dilatoria por defecto legal en el modo de preparar la demanda.

Pero, tratándose como se trata de un acto comercial, la acción debe entablarse contra el comerciante, y el Juez competente lo es el Letrado de Comercio.

En el caso la cuestión de competencia es elemental y sencilla, por lo que omito entrar en mayores consideraciones, y á V. S. le pido, que teniendo por opuesta en tiempo la excepción de incompetencia, se sirva declarar la procedente con costas y costos al actor. Será justicia.

(1) Consolidación, LXIX.

(2) Leroy-Beaulieu: «Le Travail des Femmes au XIX Siècle», pág. 5.

(3) El Volleiano y la incapacidad civil de la mujer (memoria presentada al 2.º Congreso Latino-Americano).

(4) «A Phase Adveniente no Brazil», pág. 10.

EL ACTOR CONTESTA

I

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Que para mí es indiferente que este asunto se siga ante un Juez de Comercio ó ante un Juez de lo Civil. Si he entablado la demanda ante V. S. lo he hecho por considerar que según nuestras leyes, se trata de un asunto del fuero común y no del comercial.

La jurisdicción no se determina por la calidad de las personas, sino por la naturaleza de los actos que motivan el juicio (Malagarriga, «Código de Procedimientos Comentado», tomo 2.º, páginas 40 y 41); Ingaramo, «Repertorio di Massime di Giurisprudenza Commerciale», página 579, número 26). Si esos actos no son de *comercio*, la jurisdicción que debe conocer del asunto es la civil, por más que el demandante y el demandado sean comerciantes. Los Juzgados de Comercio no están instituidos para conocer de los pleitos en los cuales son comerciantes las personas que litigan, sino para conocer de las *causas comerciales* (Código de Procedimiento Civil, artículo 99).

Y bien: el presente juicio no versa sobre causa comercial, porque no son comerciales las acciones en él deducidas, y por consiguiente no debe conocer de él la jurisdicción mercantil.

II

He entablado dos acciones, y una de ellas es la de reivindicación de una propiedad artística. Esa acción es la que se refiere á los actos anteriores al registro de la *carátula del cuaderno como marca de fábrica*, y evidentemente nada tiene de comercial. A nadie puede ocurrírsele que la acción que entabla un industrial, con motivo de haberle sido usurpada una propiedad artística de él, constituida por un dibujo de su invención, es comercial. Es sabido que toda cuestión sobre propiedad de un objeto cualquiera, entablada por un comerciante contra otro, no mediando entre ellos contrato alguno, es esencialmente civil. Así, si un comerciante usurpa, por ejemplo, un cajón de mercaderías perteneciente á otro comerciante, con el cual nunca ha tenido negocios, la acción que entable este último para recuperar dicho cajón de mercaderías, con la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes, nada tendrá de comercial.

No hay duda, pues, de que la acción deducida en este juicio relativamente á los actos de usurpación de propiedad artística anteriores al registro de la marca de fábrica, ha podido perfectamente ser entablada, como lo ha sido, ante la jurisdicción civil.

III

La otra acción deducida es la que versa sobre la imitación de la marca de fábrica. Es en el fondo una acción de dominio, por medio de la cual se reclama la propiedad de dicha marca, y comprende á la vez el reclamo de la indemnización de daños y perjuicios causados por la usurpación. Como acción de dominio, es indudablemente civil, y también lo es en cuanto al accesorio de los daños y perjuicios. Aún cuando la acción no versase sino sobre este último, sería siempre civil como paso á demostrarlo.

Las obligaciones nacen de los contratos, de los hechos lícitos (cuasi contratos), de los hechos ilícitos (delitos y

cuasi delitos) y de la ley. Al demandar á la señora viuda de Bech por daños y perjuicios procedentes del uso que hace de la imitación de una marca ajena, la demando por cumplimiento de una obligación que *nace de un hecho ilícito*, y como esta obligación no es comercial, puesto que los hechos ilícitos no son en general *actos de comercio* según nuestras leyes, claro es que he debido presentarme como me he presentado ante la jurisdicción civil. Si yo demandase sobre cumplimiento de una obligación procedente de la compra de una cosa para revenderla ó alquilarla, el juicio versaría sobre un acto de comercio, pues sería aplicable el inciso 1.º del artículo 7.º del Código Mercantil;—del mismo modo si yo demandase sobre algún contrato de *empresa* de fábrica, comisión, depósito ó transporte, el juicio versaría también sobre un acto de comercio, pues sería aplicable el inciso 4.º del citado artículo;—si yo demandase, en fin, sobre cumplimiento de cualquier obligación, *procedente de algún trato ó contrato* de carácter mercantil habido entre mi poderdante y la señora viuda de Bech, la jurisdicción mercantil sería la llamada á conocer del asunto; pero la demanda que he instaurado no se funda en convención ni negociación alguna hecha entre mi poderdante y aquella señora; se funda en un simple hecho ilícito, en un hecho que no puede caber dentro de la enumeración de actos de comercio que hace el artículo 7.º del Código Mercantil, y por consiguiente no hay base para decidir que he debido presentarme ante el Juzgado de Comercio. En Francia é Italia han podido muchos autores modernos opinar que los delitos y cuasi delitos pueden á veces ser actos de comercio y dar lugar á que sea la jurisdicción mercantil la que deba conocer de los juicios que con motivo de esos mismos delitos ó cuasi delitos se promuevan; pero si han podido opinar así ha sido sin duda fundándose en el texto de las leyes francesas é italianas que no es idéntico al de las nuestras.

Por lo demás, los Tribunales italianos han declarado repetidas veces que «no es de la competencia comercial la acción de resarcimiento de daños cuando el hecho «dañoso, aún cuando cometido por el dañado en el ejercicio de su comercio, no ha tenido lugar con ocasión de relaciones comerciales y contractuales habidas entre el mismo dañado y el dañado. En tal caso, la acción no nace del acto comercial, es una acción *in factum*, que pertenece á la jurisdicción civil ordinaria.» (Ingaramo, obra citada, página 579, número 27).

«Los delitos y cuasi delitos, dice Segovia» (Proyecto de Código de Comercio, nota al artículo 4.º, número 30) «nunca son actos de comercio. (Véase el número 36 «de Pardessus). La única excepción parece ser el caso «de abordaje (Bedarride, números 187 y siguientes. Comparar con Namur, número 105).—Alauzet, (número «2956) pretende que esta regla debe igualmente recibir «excepción cuando el hecho que sirve de fundamento á «la acción, producido con ocasión del comercio á que se «dedica el demandado, se relaciona con el ejercicio de «ese mismo comercio y tiene por objeto llevarlo adelante. No acepto esta excepción; ella tiene probablemente «por base una confusión paleada por el autor (véase su «número 69) entre el cuasi delito y la simple omisión en «el cumplimiento de las obligaciones de un contrato ó «de un cuasi contrato; este es un error que está rechazado por el artículo 1107 del Código Civil argentino.» Los autores que han escrito con posterioridad á la sanción de nuestro Código de Comercio no han podido ser los que inspiraron con sus doctrinas á nuestros legisladores. Estos se inspiraron indudablemente, al dictar aquel Código, en las doctrinas de los autores que enton-

ces eran conocidos y estaban en boga, y uno de aquellos autores era, como es sabido, Pardessus, el cual decía («Cours de Droit Commercial», tomo 1.º, número 53) que los delitos y cuasi delitos cometidos por un comerciante en daño de otro no constituyen obligaciones comerciales.

Los Tribunales argentinos, aplicando leyes iguales á las nuestras, han declarado que las consecuencias de un acto ilícito no son justiciables ante el Tribunal de Comercio (Malagarriga, tomo 1.º, página 50).

La ley de marcas de fábrica y de comercio es indudablemente una ley comercial, en el sentido de que las marcas están instituidas para el uso y la protección del comercio, pero esto no quiere decir que el hecho de imitar ó usurpar un comerciante una marca ajena sea un acto de comercio, ni que los juicios que se sigan sobre la propiedad de una marca ó sobre los daños y perjuicios causados por el indebido uso de ella, sean juicios comerciales. Una fábrica es cosa comercial, como lo es una marca, pero si un comerciante ha sido despojado de la posesión de una fábrica por un tercero también comerciante, y entabla juicio de reivindicación contra ese tercero, el juicio será civil y no comercial. Nada hay más comercial que los papeles de comercio y los buques, y sin embargo los Tribunales argentinos, aplicando como antes lo he hecho notar, leyes iguales á las nuestras, han declarado que «la acción de daños y perjuicios procedentes del embargo indebido de un buque corresponde á la jurisdicción ordinaria civil» y que «la reivindicación de títulos ó papeles de comercio, aún entre comerciantes, es de jurisdicción civil» (Malagarriga, tomo 2.º, páginas 42, 43 y 47).

El Conde de Cavour, fundando ante el Parlamento subalpino la disposición legal (vigente hasta hoy en Italia) de que los juicios sobre usurpación ó imitación de marcas de fábrica debían seguirse ante la jurisdicción civil y no ante la comercial decía: «Hemos presenciado la jurisdicción de los Tribunales civiles á la de los comerciales, porque nos ha parecido que una acción civil por imitación de una marca, por ejemplo, y todas las otras acciones semejantes á esta, deben ser consideradas como originadas por cuestiones de propiedad ó de ejercicio de un derecho exclusivo, lo cual es, por decirlo así, ajeno al orden de los hechos cuya naturaleza es netamente comercial. En efecto: si un comerciante, un fabricante ó un propietario de una raza de animales demandan en juicio á un individuo que les ha usurpado su respectiva marca, ó bien si surge cuestión sobre el uso de un signo que una persona puede, por ejemplo, reputar semejante á otro ya usado por ella ¿cuál es la incumbencia del Juez llamado á resolver la controversia? Es la de averiguar si en el hecho de que se trata existe la imitación ó semejanza de que se queja el actor y la de indagar si el demandado ha incurrido en culpa por el hecho que se le imputa, para aplicarle la condenación que merece. Ahora bien, ninguna de estas averiguaciones es de índole comercial» (Citado por Manara, «Actos de Comercio» páginas 403 y 404). En Italia y Francia como en todas partes, las leyes de marcas de fábrica y de comercio son comerciales, en cuanto tienen por principal objeto la protección del comercio; pero la prueba de que no basta esto para que los actos de imitación ó usurpación de marcas sean actos de comercio, está en el hecho de que en aquellos mismos países, (Italia y Francia) los juicios sobre imitación ó usurpación de marcas corresponden, según leyes expresas, á la jurisdicción civil y no á la comercial (ley francesa sobre marcas de fá-

brica, de 23 de junio de 1875, artículo 16; ley italiana de 30 de agosto de 1868, artículo 11).

Como complemento de lo que más arriba dejo dicho, creo útil recordar las siguientes resoluciones de los Tribunales italianos, citadas por Ingaramo, páginas 578 y 579:

«La obligación que nace del cuasi delito del comerciante en el ejercicio de su comercio, asume el carácter de comercial y como tal queda sujeta á la jurisdicción comercial, siempre que se relacione con un acto de comercio celebrado entre el comerciante autor del daño y el dañado. Pero cuando, al contrario, no media por una parte más que el cuasi delito, cometido por el comerciante en el ejercicio, sí, de su comercio, pero sin ninguna relación contractual con el ofendido, y por la otra parte el daño sufrido por un tercero, la acción de indemnización es necesariamente de competencia civil.» (Sentencia de la Corte de Turín, 5 de marzo y 19 de diciembre de 1884. En el mismo sentido sentencia de la Corte de Brescia, 23 de diciembre de 1885, de la Corte de Nápoles, 12 de febrero de 1886, de la Corte de Roma, 27 de julio de 1886 y de la Corte de Génova, 11 de marzo de 1887, etc.).

La cita del principio legal de que «los actos de los comerciantes se presumen siempre comerciales, salvo la prueba en contrario,» (Código de Comercio, artículos 5 y 13) es contraproducente, puesto que de ella resulta que la presunción de comercialidad de los actos de comerciantes llevan en sí, no es absoluta sino simple, admitiendo, como admite, prueba en contrario; y desde que en el caso *sub judice* esa prueba en contrario existe, claro es que carece de aplicación la referida presunción de comercialidad.

¿Cuál es la prueba en contrario que existe? La mejor, la más directa y perentoria que puede existir, ó sea la que resulta de los propios términos y fundamentos de mi demanda.

En lo relativo á la marca de fábrica, yo he demandado principalmente sobre propiedad de ella y acceso-riamente sobre cumplimiento de una obligación de resarcir daños y perjuicios, invocando como causa eficiente de esa obligación un *lucro ilícito* que imputo á la demandada. Esa obligación, dada su causa eficiente, es de naturaleza civil y no comercial. Pero ¿existe esa obligación? La averiguación y decisión de si existe ó no, es materia del fondo del pleito. Para averiguar y decidir si existe ó no la obligación civil cuyo cumplimiento demandando, debe seguirse el juicio, y un juicio seguido con tal objeto, con el objeto de averiguar y decidir si el demandado tiene ó no la obligación civil que se le atribuye, ¿qué es sino un juicio civil?

Para determinar cuál es la acción entablada, ó sea si ella es real ó personal, civil ó mercantil, etc., no hay que atender sino al objeto y la causa de ella, tales como los alega el actor ó como dicen la jurisprudencia italiana ó española, á la *res petita* y la *causa petendi* (Galdi, tomo 1.º, páginas 290 y 291; Robles Pozo, «Derecho Procesal de España» tomo 1.º, páginas 383 y 384). Ahora bien: el objeto y la causa de la acción deducida en cuanto á la imitación de marca de fábrica demuestran acabadamente que lo que he entablado no es otra cosa que una acción civil, y por lo tanto, no puede dudarse de que es la jurisdicción civil la que debe conocer del asunto. El pleito versa sobre la acción tal como la ha fundado el demandante; sobre esa acción es que debe versar la discusión y recaer el fallo definitivo (Código de Procedimiento Civil, artículo 462); y desde que esa acción es en el presente caso, civil por su naturaleza, puesto que se funda

en el derecho de propiedad de una marca y en un hecho ilícito que el actor imputa al demandado, claro es que se trata de un juicio que nada tiene de comercial.

Supongamos que un comerciante demanda á otro por cobro de cien pesos, alegando que el demandado se los debe en virtud de la venta que le hizo de *unas varas de terreno*. La venta existirá ó no; el demandado deberá ó no deberá los cien pesos (cosa que solamente al fallarse el juicio en definitiva podrá ser decidida); pero ¿qué duda podrá haber de que la acción deducida es civil? ¿qué duda podrá haber de que la presunción de comercialidad que llevan en sí los actos de los comerciantes, está destruída por la mejor y más directa de las pruebas, ó sea por la que resulta de los propios términos y fundamento de la demanda?

Otro ejemplo: un albañil demanda civilmente á un comerciante por cobro de reparaciones que afirma haberle hecho en su casa particular. ¿Podrá invocarse en tal caso la presunción del artículo 5.º del Código de Comercio, para sostener que la acción del albañil ha debido ser deducida ante la jurisdicción comercial?

En Francia, en Italia, en la República Argentina, en fin, en todas partes del mundo, rige la misma presunción legal simple que establece el artículo que acabo de citar de nuestro Código de Comercio. Sin embargo en todos esos países se considera y se resuelve que la referida presunción queda destruída siempre que de los términos y fundamentos de la demanda resulte que la acción deducida es por su naturaleza, civil y no comercial.

Me permito llamar muy especialmente la atención de V. S. sobre la sentencia de los Tribunales franceses que figura en Dalloz, « *Recueil Périodique* », año 1870, parte 2.ª, páginas 173 y 174.

En el escrito en traslado se dice que en mi demanda he hablado de ventas de mercaderías, y se alega que esas ventas son actos de comercio. Respondo: esas ventas celebradas con terceros y no entre la demandada y mis poderdantes, —son indudablemente actos de comercio, pero esto es indiferente, puesto que *el pleito no recae directamente sobre ellas*, como recaería si se demandase el cumplimiento de las mismas, es decir, si la acción entablada fuese la de vendedor contra comprador por pago del precio ó la de comprador contra vendedor por entrega de las cosas vendidas.

Se dice también en el escrito en traslado, que si este juicio no fuese comercial, la demanda estaría mal entablada contra la mujer y debería serlo contra el marido. Lo niego, por cuanto cuando es la mujer la que ha practicado el hecho ilícito que da causa al pleito, pueda ser directamente demandada y condenada, litigando como litiga en estos autos, ó sea por sí misma, con la venia del marido (Código Civil, artículo 194 inciso 2.º; Código de Procedimiento, artículo 109).

IV

No es esta la primera vez que el Juzgado de V. S. conoce de asuntos de la índole del presente. Recuerdo que he conocido en dos en que intervino el mismo abogado que me defiende: el seguido por R. contra E., sobre imitación de la marca de fábrica del X., y el seguido por T. contra B. sobre imitación de la marca

En el primero de los dos pleitos referidos se sostuvo por el demandado que el Juez competente era el de Comercio y no el de lo Civil, pero su pretensión fué desestimada por dos sentencias conformes. La primera de ellas, dictada por el doctor Miguel V. Martínez el 29 de

abril de 1902, decía: « Considerando que el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, por el cual se establece la jurisdicción en materia mercantil, se refiere única y exclusivamente á las causas comerciales entre las cuales no está comprendida la presente, que se basa en el daño causado por el hecho ilícito de una persona que, aunque tenga el carácter de comerciante no está vinculada por ninguna relación de contrato con el demandante; Considerando que la acción interpuesta no está comprendida en ninguno de los casos que la ley reputa actos de comercio en general (artículo 7.º del Código de Comercio), correspondiendo por consiguiente, á la jurisdicción civil ».

La sentencia de segunda instancia, pronunciada por el Tribunal de Apelaciones de 2.º Turno y confirmatoria de la anterior decía: « Considerando que en el presente caso se trata de una acción civil y no comercial, luego que ella no versa sobre cumplimiento de un contrato, sino sobre indemnización de perjuicios procedentes de un hecho ilícito; —Considerando en consecuencia que no está ella comprendida en el artículo 7.º del Código de Comercio ni en el 99 del de Procedimiento Civil.... »

V

Si V. S. se declarase incompetente (cosa que, por cierto, no puedo esperar) no por eso podría mandarse que ocurriese yo ante el Juzgado de Comercio ó entablar de nuevo la demanda. Lo que correspondería en tal caso sería mandar que pasasen estos autos á aquel Juzgado para ser continuados ante él. Así resulta del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil que manda que declarado incompetente un Juez, debe el que resulte competente decidir sobre las demás excepciones dilatorias que se hayan deducido, lo que *presupone que deben pasarse los autos al Juez competente*. Resulta lo mismo del artículo 765 del Código citado (aplicable por analogía, de acuerdo con el artículo 16 del Código Civil en el caso presente) que dice que la sentencia sobre la competencia se ejecuta pasándose el expediente al Juez competente.

En los casos de los artículos 25 y 251 del Código de Procedimiento Civil, se manda que el interesado ocurra ante quien corresponda, pero es sabido que el interesado puede pedir y debe decretarse, de acuerdo con la regla que surge de los artículos 250, 759 y 765, que á fin de ocurrir ante el Juez competente se pasen los autos á ese mismo Juez.

Por lo expuesto:

A V. S. pido que se sirva desestimar con costas las excepciones dilatorias deducidas en el escrito en traslado y mandar que la parte demandada conteste derechamente á la demanda dentro del término legal.

PABLO DE-MARÍA,
Abogado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Visto en primera instancia este incidente sobre declaración de jurisdicción promovido en el juicio seguido por los señores A. Soury y C., contra la señora viuda de don Francisco Bech, sobre indemnización de daños y perjuicios, —

Resultando: que la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta, se funda en el supuesto de corresponder el conocimiento del asunto, de acuerdo con lo dis-

puesto en el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, á la jurisdicción comercial, por ser comerciantes tanto los actores como la persona contra la cual dirigen su acción y de existir la presunción legal de que los actos de los comerciantes son siempre actos de comercio, presunción que impera dado lo preceptuado en el artículo 5.º del Código de Comercio, mientras no se pruebe lo contrario (escrito de f. 43);

Resultando: que la demanda entablada se basa en esencia en el supuesto de haber incurrido la demandada en la comisión de determinados hechos ilícitos, constitutivos unos de delitos y otros de cuasi delitos, por haber usado indebidamente en su provecho una propiedad artística consistente en el dibujo de la carátula de ciertos cuadernos, antes y después de haber sido registrada en la Oficina respectiva la marca correspondiente, invocándose como fundamento legal de la misma, lo preceptuado en los artículos 440 inciso 5.º y 1293 del Código Civil, y 5 y 36 del decreto-ley de fecha 1.º de marzo de 1877, sobre registro de marcas de fábrica y de comercio (escrito de f. 23);

Considerando: que para determinar la jurisdicción, la razón de la materia, hay que atenderse á la naturaleza de las acciones que se promueven, y que por consiguiente, reclamándose como se reclama en el caso ocurrente, el cumplimiento de supuestas obligaciones, procedentes de hechos ilícitos, ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil y no á la comercial, desde que tales obligaciones son por su naturaleza, esencialmente civiles, como implícitamente lo han declarado nuestros legisladores, al establecer en el Código de Comercio—dada la forma en que está redactado el encabezamiento del título I, Libro II—que los contratos son la fuente de las obligaciones comerciales en general; prescindiendo, en consecuencia, de fijar reglas, como lo ha hecho en el Código Civil, para determinar los caracteres y la extensión, de las obligaciones provenientes de delito y cuasi delito;

En mérito, además, de las fundadas consideraciones expuestas en el escrito de fs. 45. Y atento á lo preceptuado en el artículo 466 del Código de Procedimiento Civil,—

Desestímase, sin especial condenación en costas, la excepción de la referencia, declarándose en consecuencia que este Juzgado es competente para entender en el asunto, y ordenando que la parte demandada evacúe dentro del término legal el traslado que se le ha conferido por el auto de f. 37 vuelta.

Montevideo, julio 4 de 1908.

Pérez.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto este juicio iniciado por los señores A. Soury y C.ª contra la viuda de Francisco Bech sobre usurpación de marca y daños y perjuicios, para resolver en segunda instancia el incidente de la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción opuesta por la demandada y desestimada por el señor Juez de primera instancia, el de lo Civil de 1.º Turno en la interlocutoria de f. 59,—

Resultando: que la demanda de los señores A. Soury y C.ª se dirige á obtener la declaratoria de que la señora viuda de Bech ha usurpado una marca de fábrica registrada y de propiedad de los actores y hecho un uso indebido de ella, y la reparación de los daños y perjuicios sufridos por tales motivos; y

Considerando: que el litigio promovido no reúne los caracteres esenciales propios de los debates comerciales, entre comerciantes y por actos de comercio mediados y concertados entre ellos;

Que la usurpación de una marca de fábrica no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito ajeno á la actividad normal del comercio y de la industria y cuyo juzgamiento corresponde, por consiguiente, á la justicia ordinaria y no á la especial del comercio, instituida para decidir por procedimientos generalmente abreviados y rápidos en las divergencias surgidas entre personas de comercio ó las que contratan con comerciantes;

Que la razón peculiar de la celeridad en la decisión de los litigios derivados de actos y accidentes de la vida comercial no tiene aplicación en el caso de la demanda promovida en estos autos, en la que no se procura una decisión judicial para subsanar un entorpecimiento de la actividad comercial ó industrial, ni tampoco para dirimir una diferencia nacida de un contrato, fuente principal de la relación comercial, sino un como castigo para el responsable de un acto desleal é indebido que lesiona el derecho de propiedad exclusivo de otro;

Considerando: que no pudiendo ser incluida la demanda, tal como ha sido formulada, en las distintas clasificaciones de los actos del comercio que el Código respectivo abarca y define, debe regirse el caso por la ley general ordinaria civil y no por la comercial que es de excepción;

Que también es de procederse así porque en los casos de duda como el discutido en este incidente, en que los Jueces tienen que decidir dirimiendo un verdadero conflicto sobre competencia, su decisión debe encuadrarse preferentemente dentro de la ley general común porque es la que consulta mejor los intereses de todos y la menos expuesta á dañar legítimos derechos;

Que puesto que la ley comercial ha preferido un criterio empírico para definir y clasificar los actos del comercio, los que indiscutiblemente no pueden ser incluidos en esas definiciones y clasificaciones—y los que motivan la presente demanda se encuentran en esas condiciones—deben de ser considerados como actos comunes de la vida social, porque como acertadamente dice el tratadista italiano César Vivante en su obra de Derecho Comercial: «En la solución de estos problemas por causa de los cuales se han derramado ríos de tinta sin alcanzar á una idea sencilla y clara, es mejor para la seguridad del derecho, suprema necesidad del orden social, no apartarse del empirismo legislativo». Ob. citada, 2.ª edición, pág. 82;

Considerando: que á la jurisprudencia invocada por el actor en la defensa del fuero civil para la decisión del presente litigio, pueden agregarse á mayor abundamiento otras de la jurisprudencia argentina que atañen á cuestiones perfectamente similares como las siguientes: «Las consecuencias de un acto ilícito no son justiciables ante el Tribunal de Comercio»; «Los Tribunales de Comercio son incompetentes para conocer en el pleito de daños y perjuicios causados por un acto ilícito aunque sea comerciante el autor»; citados en la obra «El Código de Procedimientos interpretado por la Cámara de lo Comercial», del doctor J. J. Hall, tomo III, págs. 72 y 77;

Por los fundamentos expresados y los de la resolución apelada, y vistos el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,

Se confirma dicha resolución con costas.
Devuélvase.

Montero Paullier—Martínez—Piñeyro.

La nueva ley de condena condicional^(a)

Significación y trascendencia

(Continuación)

18. Inglaterra, por su ley de 21 de agosto de 1907, que ha empezado a regir en 1.º de enero del corriente año 1908 (así titulada: *An Act to permit the release on probation of offenders in certain cases, and for other matters incidental thereto*). Es la más reciente y la más importante de las existentes hasta el día; luego hemos de hacer algunas referencias a ella.

Conviene añadir á las anteriores muestras de reconocimiento y admisión legal de la condena condicional, las siguientes tentativas de esa admisión hechas á partir de 1900⁽⁶⁾ y todavía no llegadas á colmo⁽⁷⁾.

1.ª En el Congreso internacional de Patronato, celebrado en París en julio de 1900, se adoptó por unanimidad el voto⁽⁸⁾ de «aplicar la suspensión, lo más frecuentemente posible, á los castigos disciplinarios que se impongan en las escuelas de corrección á los muchachos llevados á ellas».

2.ª En el Congreso celebrado por la Unión de los criminalistas de Dinamarca el 25 de septiembre de 1900 en Copenhague, acordó la asamblea recomendar al gobierno dinamarqués la adopción de la institución que nos ocupa.

3.ª En el 22.º Congreso celebrado en octubre de 1901 por la Sociedad suiza de Prisiones y la Unión internacional de Sociedades de Patronato, se acordó ser deseable la introducción de la condena condicional en la legislación suiza.

4.ª El 13 de noviembre de 1903 la Cámara francesa de los Diputados, *sin discusión y con carácter de urgencia*, acordó autorizar á los tribunales militares para aplicar la condena condicional⁽⁹⁾.

5.ª El 17 del mismo mes pasó este acuerdo al Senado, el cual, con fecha 22 de marzo de 1904, hizo suyo, *sin discusión*, el acuerdo de la Cámara⁽¹⁰⁾.

6.ª Con fecha 2 de diciembre de 1903 un diputado del país á que estamos refiriéndonos, tomando base del

acuerdo adoptado por la Cámara con respecto á los delitos militares el 13 de noviembre anterior, y de que mediante él se desvanecía una de las dos excepciones de la ley sobre la condena condicional, proponía que también fuera suprimida la otra excepción (es, á saber, la de las faltas ó contravenciones), haciendo extensiva la condena condicional á las contravenciones de policía⁽¹¹⁾.

7.ª En el cantón de San Gall, discutió el Gran Consejo y admitió, con fecha 24 de febrero de 1905, un proyecto de condena condicional presentado por el Gobierno.

8.ª El Gran Consejo del cantón de Basilea (ciudad) hizo otro tanto con otro proyecto presentado por el Gobierno el 18 de mayo de 1905.

9.ª También á la Cámara griega fué presentado un proyecto en 6 de diciembre de 1906.

10. En ese mismo año, una Comisión oficial encargada en la República Argentina de preparar un nuevo Código Penal, ha publicado el correspondiente proyecto, donde incluye (artículos 32 y siguientes) la condena condicional, institución que los mismos autores del proyecto consideran como la «mayor novedad» de él⁽¹²⁾, y no sin razón, pues es la primera vez que se la ve asomar en las legislaciones de todas las que fueron colonias españolas.

11. Finalmente, en el Reichstag alemán ha sido más de una vez, y últimamente (en 1907), discutida, con objeto de convertirla en ley federal, dejando de ser lo que es hoy, mera gracia administrativa (no judicial), que se puede conceder por los correspondientes Ministros de los particulares Estados confederados que la tienen admitida con simples disposiciones ministeriales, conforme se ha visto. Los criminalistas alemanes son los más divididos en cuanto al particular, lo mismo en sus asambleas que en sus libros y demás escritos; sin duda por eso, la condena condicional no ha podido todavía llegar á ser ley del Imperio. Pero las señales son de que no tardará mucho en serlo, pues los defensores de la institución adquieren de día en día ventaja sobre los adversarios.

Por esta rápida é incompleta reseña de hechos relativos á la propagación de la condena condicional—reseña que bien se pudiera, y tal vez no holgase, hacer mucho más nutrida y por lo mismo convincente,—creo que hasta los más timoratos ó asustadizos tienen motivos para tranquilizarse, reconociendo que al admitir en nuestras leyes la condena condicional no corremos ninguna aventura loca, ni nos constituimos en vanguardia temeraria de ningún radicalismo novador. Al traer á España

(a) Véase el número anterior.

(6) De las anteriores á esta época hago indicación en mi artículo de la *Revista política y parlamentaria*, citado.

(7) Omiso las que prepararon las leyes promulgadas de entonces acá, y de las cuales acabo de dar cuenta.

(8) Estos votos de Congresos y Sociedades los tienen muy presentes, para traducirlos, en preceptos legislativos, los hombres políticos—que son á menudo también hombres de ciencia—de Francia, igualmente que los de otros países civilizados.

(9) Ya en 1898 y 1899 se habían presentado proposiciones para extenderla á los marinos y á los militares. En el mismo año de 1899 M. Béranger, el senador á quien se debe la ley de 1891, en Francia, sobre la condena condicional, y por influjo indirecto del cual han sido publicadas también otras leyes, presentó otra proposición para que en el Registro de penales (*casier judiciaire*) no figuren las condenas á un mes de prisión, cuando menos, con ó sin multa.

(10) No tengo noticia de que, á pesar de tal urgencia y de las circunstancias en que estos acuerdos fueron tomados, hayan adquirido todavía á estas fechas carácter legal definitivo. Tal vez se espera á que se lleve á efecto la reforma de la legislación penal militar, muy amenazada en Francia desde hace algún tiempo, según es sabido.

(11) Las contravenciones ó faltas, que es como las denominamos técnicamente aquí en España, constituyen, en efecto, no sólo en Francia, sino en todas partes (también en nuestra ley de 17 de marzo último) una excepción, que á mí me parece inexplicable, á la suspensión de la condena. Por delitos, se debe evitar el ingreso en la cárcel, dados los malos efectos de ésta (es el principal fundamento consciente de la condena condicional; véase incluso el preámbulo de la ley del Marqués de Figueroa, y el del proyecto del Conde de Torredán, repetición de lo que dice todo el mundo), tanto más cuando la estancia en ella haya de ser corta. ¿Cómo, entonces, no pensar en las condenas á cárcel por faltas, las más breves de todas, y las impuestas á los autores de hechos menos graves, es decir, á los delincuentes, por regla general, más necesitados de protección, más susceptibles de mejora y menos propensos á la reincidencia?

(12) Proyecto de Código Penal para la República Argentina, Buenos Aires, 1906, p. XV.

esa moda, nos vestimos con ropa cortada por un patrón extendidísimo, y hasta vieja de puro usada. (13)

Sin embargo, he de añadir que, bajo sus apariencias de poca novedad, por el respecto que se acaba de decir, la ley de 17 de marzo de 1908 entraña, con algunas otras leyes y disposiciones de que no puedo tratar ahora, (14) la más profunda de las innovaciones que en el sistema penal vigente en España (como en otros países) ha sido introducida desde hace mucho tiempo. Es una innovación que, á mi juicio, tiene un alcance de inmensa y no calculada, ni aún calculable, trascendencia; innovación, que á modo de carcoma y de herrumbre, ha de ir minando toda la construcción que forma el llamado derecho penal, tenido por la generalidad de las gentes como un edificio inmovible, dada la ancha cimentación y la solidez secular que se le supone. Toda esta significación tiene, me parece á mí, la condena condicional, el mayor enemigo que podía habérsenos metido en casa, pero al cual no podremos echar ya de ella, sino que cada vez se irá apoderando más y más del organismo en que lo hemos clavado como un cáncer, hasta que se lo trague y lo consuma por completo, quedándose él entonces de señor único.

He aquí la mira con que se escribe el presente artículo. Voy á prescindir en él totalmente de lo que podría decirse estudio de la institución en sí: de las causas que han ido preparando su génesis, desarrollo y difusión; de la economía y espíritu de la misma; de los efectos que se le atribuyen (mediante datos estadísticos, etc.); en los pueblos donde lleva funcionando más ó menos tiempo; del amor ó de la repugnancia con que se la recibe y se la practica (por jueces, tribunales, fiscales, abogados, hombres políticos y de ciencia, público en general); de los juicios que con respecto á ella se formulan por toda clase de gentes... Acaso llegue un día en que yo mismo trate de todo esto; mas hoy, como digo, voy á limitarme á unas cuantas observaciones sobre el alcance de la institución y sobre el término final hacia donde, de consuno con otras de espíritu semejante, habrá de conducirnos, aunque no de pronto, pues ¡sabe Dios cuánto tiempo será necesario que trascurra todavía para que la transformación, ahora solamente iniciada, se pueda decir concluida del todo! Si ha de ser duradera y firme, no consiente improvisaciones.

Yo tengo para mí—y confío en que las personas verdaderamente enteradas de estos asuntos reconocerán la exactitud de mi convencimiento,—que el señor Ministro de Gracia y Justicia, autor del proyecto de 31 de octubre último, hoy ley de 17 de marzo de 1908 sobre la condena condicional, y cuantos han colaborado con aquél en su obra, no se han dado cuenta suficiente de la virtuali-

dad y trascendencia que ella entraña. No han previsto, ni se han representado convenientemente las consecuencias que más pronto ó más tarde tiene que traer. (15) No se han percatado de que, sin quererlo, asestan un golpe mortal á instituciones y sistemas que les son muy queridos (como á la generalidad de las gentes), y de que abandonan ciertos principios que suelen tener por inconvertibles, y sin cuyo respeto y observancia creen, regularmente, imposible la vida. Vamos á verlo inmediatamente. Pero antes me voy á permitir unas breves observaciones, á modo de paréntesis, acerca de semejante fenómeno psicológico-social, que es frecuentísimo, y de cuyas manifestaciones se saca á menudo partido—creo que sin razón—como medio de polémica y de lucha contra las doctrinas, las concepciones y los procederes, considerados adversos ó diferentes de los que uno preconiza. El paréntesis se halla íntimamente ligado al asunto, por razones que el lector comprenderá bien, y servirá para que éste sepa cuál sea el valor que yo pretendo ha de darse á las observaciones que haré posteriormente.

En las cuales se verá confirmada la incongruencia mental á que hace un momento aludía y que la introducción de la condena condicional supone. Es lo que muchos llaman injertos de cosas nuevas, con nuevo espíritu, en organismos viejos que las rechazan, y á los que por lo tanto, califican de ofensas á la lógica, á la consecuencia, á la armonía orgánica y á la belleza y la armonía arquitectónica de las construcciones intelectuales.

Mas es de advertir que todas estas calificaciones y censuras solamente tienen importancia subjetiva. Valen para el que las hace y para aquellos que adopten su punto de vista, pero nada más.

No hay, en verdad, cosa tan lógica y tan congruente como lo que sucede. Por el hecho de suceder, obedece á lo que debe y nada más que á lo que debe, y las causas que lo determinan son, con respecto á aquel producto, las únicas que lógica y naturalmente son capaces de originarlo. Nosotros, que desearíamos no sucediese ó que sucediese de otro modo (con arreglo á los fines que mentalmente nos representamos ó apetecemos sean cumplidos), somos los que le atribuimos una ilogicidad que ello mismo no tiene y que no está sino en nosotros, es decir, en la diferencia que existe en lo acontecido entre lo que ello es en sí y lo que habría de ser en el caso de que hubiera de adaptarse á nuestros gustos. Aún las denominadas «incongruencias» de los locos y de las gentes caprichosas ó excéntricas, no son tales incongruencias, sino, al revés, efectos bien naturales y espontáneos, cuando se las pone en relación con el espíritu de sus autores; aunque incongruencias sean para aquél que pretenda enlazarlas, no con éste, sino con el suyo propio. Nos ocurre esto casi siempre que tratamos de apreciar de algún modo el valor ó la significación (moral, intelectual, de solidez, de simetría, etc.) de las obras ajenas, sean las que fueren; únicamente así se explica que encontremos, v. gr., á veces «monstruosidades», «fealdades», «adefesios» en la labor de la naturaleza, donde ordinariamente suponemos y decimos que todo acontece conforme á leyes inflexibles é indefectiblemente regulares, marchando por los cauces por los que debe marchar y no por otros.

De ilógicas, irregulares, singulares y extrañas, metejamos también con harta frecuencia las construcciones de los hombres, ya individuales ó ya colectivas, livianas ó graves; no de otro modo se comprende que se diga lo

(13) En realidad, esto es lo que ha pasado. En vez de buscar el último—y sin duda el más perfecto—figurín, el inglés—(ley de agosto de 1907: ¿sabrá el Ministro que estaba publicada? ¿cuántos españoles la conocerán?; nadie se ha referido á ella cuando han aducido antecedentes legislativos de la nuestra; y sino, léanse los discursos pronunciados en las Cámaras al discutir, discursos de una pobreza aterrador, y léase la circular del Fiscal del Tribunal Supremo, fecha de 2 de abril corriente, donde cita los países, bien poquitos, que él sabe tienen ley de condena condicional)—hemos adoptado uno que, hace treinta años, en 1888, sacaba de nacer.

(14) Como el artículo 119 del Código Penal, según la redacción que le ha dado el artículo 1.º de la ley de 3 de enero de 1907, y varios reales decretos y reales órdenes, relativos á la ejecución de las penas, concesión de residencia á ciertos penados, delinquentes menores de veinte años, y varias otras materias análogas.

(15) Así lo indican, v. gr., las discusiones que han tenido lugar en las Cortes sobre el proyecto referido.

que á menudo oímos ó leemos, es á saber, que «España es el país de los viceversas», que aquí siempre sucede «lo más absurdo, lo más inesperado», «lo que menos razón y lógica tiene para suceder». Al hacer tales asertos, no debemos pensar debidamente lo que decimos, ya que lo absurdo y lo irracional en sí, y que coincide siempre con lo que á nosotros nos parezca tal, de ninguna manera podría ser llevado á la práctica.

Y ahora he de consignar una tesis que para muchos será todavía más chocante que las anteriores: la de que ninguna reforma ó progreso social verdaderamente viable tiene lugar nunca, sino gracias á las denominadas «inconsecuencias» y á los mentados «injerros contradicorios y faltos de lógica». Pues las únicas personas llamadas, por su posición política ó sus convicciones doctrinales, á introducir modificaciones en un sistema socialmente vigente, cualquiera que él sea, pero mucho más si se trata de uno muy arraigado y generalizado, son las de espíritu más conservador, aquéllas que á nadie infunden recelos de inmadurez ó precipitados ensayos *in anima vili*, y que además hacen sus innovaciones, no con el carácter radical y alarmante que acompaña á los pretendidos «descuajes» de lo existente, para colocar en lugar suyo cosa del todo distinta, sino con el de simple mejora de lo que tenemos. La transformación se verifica así lentamente, soldándose al través del tiempo, y con soldadura tenaz por lo mismo, lo viejo con lo nuevo; hasta que, sin percatarse nadie apenas, y gracias á estas incesantes adiciones y sustituciones, venga un momento en que de lo antiguo no quede nada, en que se haya entronizado un orden social diferente del anterior, y hayamos pasado de un estado á otro estado, sin que sea posible señalar el instante de la transición. La trama histórica y la vida de las sociedades no parece verificarse de otra manera, y los órganos que tejen una y otra vienen á parar á lo mejor á resultados para ellos mismos sorprendentes, por lo imprevistos y ajenos á su prosecución deliberada. De esto le pasa algo á todo el mundo, aun cuando en escala diferente, según la esfera de acción en que se mueva, y hasta según sus condiciones personales y de otra índole.

Pero el que todo lo dicho sea verdad, y el que la obra humana (lo mismo que la natural) se haya realizado con independencia de nuestra lógica subjetiva y recitilínea, que podríamos decir, no es obstáculo para que nosotros busquemos la explicación de sus factores determinantes de toda clase, después de realizada, y la de su alcance y significación; (16) ni tampoco para que podamos juzgarla persiguiendo los que no habría inconveniente en calificar de premisas ó entronques lógicos objetivos de la misma y la conformidad ó disconformidad existente entre ellos y la motivación lógica y teleológica que, al darle vida real (por la ley ó de otra manera), haya servido de impulso y guía á su autor. Este trabajo es cabalmente lo que yo persigo hacer con la condena condicional, implantada desde hace poco tiempo entre nosotros por haberse convertido en ley el proyecto presentado á las Cortes por don Juan Armada Losada, Marqués de Figueroa.

nueva ley, y los que la han votado en ambas Cámaras sin oposición apenas, habrán reparado en que con ella abandonan los fundamentos cardinales del sistema penal tradicional, cuya incommovilidad indefectible y cuyo necesario respeto no se les habrá ocurrido jamás poner en duda. Este sistema quiere asentarse, como es sabido, sobre la base de la responsabilidad expiatoria y retributiva, haciendo de la pena una exigencia indispensable de la justicia y una necesidad lógica de la razón; en tales términos, que una y otra quedarían lastimadas si, cometido un delito, se le dejara sin su correspondiente y proporcionada penalidad. A esta última se le considera, en lo tanto, como una consecuencia natural de aquél, tan estrechamente encadenada con el mismo, que donde quiera que haya un delito, allí tiene que imponerse forzosamente una pena que lo retribuya, á menos de quedar en falta la justicia. (17) Los imperativos racionales así lo piden, y lo piden igualmente los sentimientos de justicia, de equidad y de simetría moral existentes—se dice—en el alma humana, los cuales permanecen inatísfechos siempre que esta última presencia el espectáculo de acciones meritorias no debidamente galardoadas, y mucho más aún cuando ve que los actos demeritorios ó delictuosos no van acompañados del correlativo castigo. Los autores de los delitos, por sólo el hecho de su comisión, contraen una deuda moral y social, que reclama imperiosamente, como toda deuda, su adecuado pago; y si éste no se practica, viene á añadirse, á la ofensa ó injusticia anterior, una injusticia nueva. Ahora, la indicada situación de deudor en que el delincuente se constituye es lo que se denomina su responsabilidad, y el pago de tal deuda ó responsabilidad lo representa la pena. La cual, por tanto, ha de ser exactamente proporcionada á la gravedad del delito: á deuda grave, pago grave, y á deuda leve, pago leve. Ni pena sin responsabilidad, ni responsabilidad sin pena: los dos conceptos andan tan ligados, que no se puede pensar en el uno sin que el mismo traiga tras de sí al otro. Y así, la pena es pago y sólo pago, retribución y sólo retribución, compensación y sólo compensación; y por ser tal, tiene que ser ineludiblemente un dolor y un mal para el que la sufre, del propio modo que el cumplimiento de sus obligaciones constituye siempre á todo deudor en estado de subyugación y padecimiento, más ó menos grave. La pena, pues, vista por este lado—que parece el lado de la lógica, según sus defensores,—ha de ser lo que se ha dicho tantas veces: un *pali quiddam*, una *compensatio mali cum malo*, un *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*; y con la pena, en cuanto tal, no cabe perseguir finalidad ulterior de ningún género. Su propia naturaleza de pago y compensación impide destinarla á otros usos (á corregir, á intimidar, etc.): con que castigue y haga padecer, basta; si por accidente produce ciertos resultados que ella no persigue, sino que solamente brotan por manera espontánea de su acción natural, tanto mejor; pero sin que ella los busque, desnaturalizándose y dejando de ser lo que debe.

En líneas generales, y prescindiendo ahora de multitud de retoques y derogaciones parciales que por todos

Con estas advertencias por delante, pregunto, ante todo, si el Ministro que ha propuesto la aprobación de la

(16) Como cuando inquirimos, por ejemplo, las causas de la guerra de la Independencia española, y los efectos que produjo en distintos órdenes, ó las leyes del obrar humano, ó el sentido de tal ó cual institución y las consecuencias que ha producido, etc., etc.

(17) Y cuando los delitos sean objetivamente varios, varios tienen que ser asimismo las penas, otras tantas como ellos y de proporcionada gravedad á la de ellos. No otra es la causa del fenómeno, incomprensible para el común de las gentes, en virtud del cual, á un solo individuo se le condena á cinco ó seis penas de muerte (ejemplo, ahora, á Juan Rull, en la causa del terrorismo, en Barcelona, y poco tiempo hace á Aldije y Muñoz Lopera, en la de Don Benito), como si se pudiera matar á un hombre más de una vez, ó á cientos de años de reclusión ó presidio.

lados lo asedian introduciendo en él virus extraños que corroen su organismo, tal es el sistema de concepciones penales que ha dominado por muchísimo tiempo, (18) que domina todavía fundamentalmente entre los contemporáneos, no ya sólo del vulgo, sino de la clase llamada de los intelectuales y pensadores, y con el cual comulgarán probablemente el Marqués de Figueroa y los votantes de su proyecto, ahora ya ley.

Mas con ésta, dicho sistema se viene abajo, cosa tan evidente, á mi parecer, que no hay sino fijarse en ella, por poco que sea, para advertirlo. A los condenados definitivamente á ciertas penas, (19) se les puede ó se les debe, según los casos, (20) dejar en suspenso por cierto período (no mayor nunca de seis años ni menor de tres) la ejecución ó cumplimiento de aquéllas; pasado el cual sin cometer un nuevo delito, (21) *ipso facto* queda la responsabilidad extinguida y remitida la pena. Es decir, que se rompe el vínculo etiológico ó causal, mentado antes, entre el delito y la pena, aquel vínculo en virtud del cual ésta existe porque se ha cometido un delito, sencillamente, y para castigarlo, retribuirlo, compensarlo, expiarlo y satisfacer la deuda con el mismo contrada. Se declara responsable ó deudor, á un individuo, y no obstante, ni la responsabilidad lleva consigo su inevitable consecuencia, la pena, ni la deuda el pago. La declaración de esa responsabilidad, que el Tribunal hace, es una declaración estéril: dice que uno está obligado, y aún tasa el cuánto de la obligación; pero luego no le compele á pagar, ó mejor dicho, le perdona, y le perdona hasta por ministerio de la ley, (22) sin preocuparse de saber si con ello lastima ó no el sentimiento de la simetría moral, ya aludido, que no se contenta sino cuando al mal del delito se contraponen el mal equivalente de la pena. Si ese sentimiento de simetría no es muy fuerte en otros respectos, (23) sí lo es en el respecto penal, y cuando los hombres ven que no recibe la merecida pena un delincuente cuya responsabilidad está acreditada hasta por medio de una sentencia judicial, que *pro veritate habetur*, no saben tranquilizarse, hoy por hoy al menos, ni mirar indiferentes y sin protesta, aún cuando sólo sea interior, esa impunidad, que les

parece una violación de los por ellos considerados como «los más rudimentarios principios de la justicia».

Ciertos adversarios, más ó menos fuertes y resueltos —de todo hay,—de la condena condicional, alegan precisamente contra ella este reparo, que á mí, en verdad, dado el punto de vista de la lógica que llamaré sistemática en que se atrincheran, me parece el más fundado de todos y el menos eludible para los amantes del sentido penal tradicional ó retributivo. Pae es certísimo á mi parecer, que la condena condicional «va contra el principio de la expiación y de la justicia absoluta», aparte de que «trae muchas desigualdades en el ejercicio de ésta», «es un bill de indemnidad concedido á ciertos criminales», «sacrifica la justicia á la utilidad», etc. (24)

De la incongruencia — feliz, si se quiere, por aquello de «más vale pájaro en mano...» y «del lobo, un pelo» —que supone la innovación legal hace poco admitida, son otras muchas las señales que pueden aducirse. Ire-mos poniendo de bulto las principales.

Por lo pronto, si bien es verdad que la suspensión de la ejecución de la pena judicialmente decretada, significando una impunidad de hecho, destruye el edificio de la justicia penal retributiva y expiatoria, donde las penas son lo que deben ser y sirven para lo que han nacido, á saber, para reaccionar contra los delitos y contra sus autores, cuando y en cuanto se hayan hecho merecedores de ello, es verdad asimismo que nominalmente se respeta la exigencia de la retribución, por cuanto la pena queda determinada é impuesta—con lo que se rinde tributo al principio de la responsabilidad,—y aparte de esto, subsiste por cierto período la amenaza de ejecutarla si no se cumplen las condiciones de la suspensión. Aún cuando en la forma de una simple sombra—se podrá decir—y de una pura posibilidad, la noción de la responsabilidad permanece. El «principio» se respeta, si bien «las colonias» se pierden.

Exacto, pero sólo en algún modo, como vamos á ver. Si la resolución de dejar libre de toda pena á un delincuente, resolución que se adopta después de tenerle sometido por un plazo determinado á ensayo ó prueba, (25) se pudiese tomar sin necesidad de tal ensayo, ¿qué se haría? Si desde un principio tuviese el Tribunal confianza fundada (por virtud de tales ó cuales motivos ó señales) respecto á la buena conducta posterior del que ha cometido un delito, y á que, por lo tanto, no á los tres años por los menos, sino desde luego, se le podía dar libertad completa, ¿habría no obstante, que suspender esta determinación ó declaración, sólo en homenaje al principio de la justicia denominada absoluta y á las exigencias lógicas del sistema penal tradicional ó retributivo? La suspensión de la pena impuesta por un Tribunal competente, y guardando todas las formalidades legales, ¿no obedece al temor de que sea equivocado el diagnóstico hecho de que el actual delincuente ofrece

(18) Aunque adulterado, como en el texto se dice, por innumerables excepciones que lo contradicen, y de las que, por ser tantas, no cabe siquiera hacer aquí una enumeración.

(19) Privación de libertad (esto es, arresto, presidio, y prisión correccionales, destierro (?), prisión subsidiaria por insolencia y el destierro sustitutorio de la caución) por menos de un año.

(20) Artículos 1.º al 5.º

(21) Artículos 14 y 15.

(22) Los problemas que todo esto suscita y con los que está relacionado son muchos, y yo no puedo ahora poner de resalto dichas relaciones. Por ejemplo: en el derecho que se llama privado, el perdón es un modo de extinguirse las obligaciones, por suponerse que éstas no afectan sino á las partes directamente interesadas en ellas, y que los respectivos derechos—tenidos como poderes y facultades del sujeto de ellos—pueden ser renunciados por éste. Ahora, si esto es discutible—algunos filósofos del derecho no lo admiten, ya por creer que ningún derecho es renunciable, por cuanto los poseedores de ellos son simples órganos de intereses colectivos y superiores á los de un particular, ya por suponer, consiguientemente, que ningún derecho es meramente privado,—lo que ya lo parece mucho menos es que las relaciones ó derechos declaradamente públicos puedan ser renunciados y perdonados, es decir, que puedan dejar de ser, al mismo tiempo que derechos ó poderes, verdaderas y rigurosas obligaciones. Tal situación de cosas está delatando lo deleznable é inseguro de las concepciones jurídicas reinantes y la necesidad de rectificarlas.

(23) Verbigencia, en el de la necesaria recompensa de los actos buenos y meritorios por eso falta, junto al derecho penal y al Código de los castigos, y enfrente de ellos, el derecho premial y el Código de las recompensas, cuya constitución por lo mismo demandan algunos.

(24) Recientemente, con motivo de la publicación de nuestra ley, ha repetido y parafraseado estas mismas objeciones el profesor de Derecho penal de la Universidad de Madrid, el cual, sin embargo, no se atreve á proscribir del todo y desde luego la institución. Es uno de los muchos que, en fin de cuentas, no saben qué decir, ni á qué qué cava quedarse. «La pena condicional—escribe, entre otras cosas—se opone á la justicia de la pena, que debe seguir al delito como la sombra al cuerpo; «la pena condicional es la impunidad condicional»; «en cuanto rija el proyecto de ley ya aprobado con esta desgredada reforma, la impunidad será completa, si no la remedian los tribunales».

(25) Análogamente á lo que sucede con los penados de todo sistema penitenciario «progresivo», durante el período último de su pena, ó sea duran el período de la «liberación ó libertad condicional».

confianza bastante de buena conducta futura y de que puede, por lo tanto, dejarse libre, por lo que tal diagnóstico, en vez de ser definitivo é irrevocable (como lo son las sentencias ordinarias), conviene tenga un carácter meramente provisional, á fin de poderlo sustituir por otro en caso necesario? Ahora, si el temor de la recaída se reconociera desde el primer momento poco fundado, y todas las probabilidades ⁽²⁶⁾ estuvieren en favor de la concesión inmediata de la libertad definitiva, ¿se hubieran negado nuestros legisladores ⁽²⁷⁾ á facilitar (como realmente han podido y quizás debido hacer) el medio de que la remisión á plazo de la condena fuese sustituida por la remisión inmediata? Según vamos á ver muy pronto, no se trata de ninguna cosa imposible ni de ninguna herejía, ni siquiera legalmente—pues hay leyes que la admiten;—pero quizá á ellos les pareciera tal y consideraseu que se iban demasiado lejos del primer golpe. Nueva prueba de que estos pasos se dan siempre, para que sean seguros y no haya que arrepentirse de ellos y desandar lo andado, poquito á poco y con un procedimiento que siendo, sin duda, perfectamente lógico y congruente á su manera, es sin embargo tachado de eclecticismo ilógico por los que se colocan en puntos extremos y desde ellos dogmatizan sobre la lógica.

Aquellos, en efecto, que, por cualquier razón (ora relativa á la índole de su mentalidad, ya á la de la educación, bien á influjos históricos ó locales), sientan menos arraigado en sí el respeto hacia la administración de justicia penal tradicional y á las bases sobre las que se la suele presentar asentada, tendrán menos escrúpulos en faltar á éstas, que aquellas otras para quienes las mismas siguen siendo aún otros tantos venerables fetiches. Y así no es extraño que sean ya muchos los que, lo mismo en el terreno doctrinal que en el legal, prescinden del simulacro de penalidad que la suspensión de la condena decretada supone y se deciden á perdonar desde luego la pena que reconocen merece el reo (cuando se piensa en su imputabilidad y consiguiente responsabilidad), ó bien le dejan ó quieren dejar libre, aun sin necesidad de condenarle y sin que el Tribunal pronuncie respecto de él sentencia alguna.

Se pueden señalar de esta manera varias etapas sucesivas, cada una de las cuales representa, con respecto á la anterior, un paso más en el apartamiento de la justicia penal retributiva, que aún tiene un dominio preponderante en los espíritus, y una mayor proximidad hacia otro estado social en el que las penas, en cuanto tales, no existan, ó sea donde no se persiga la *compensatio mali cum malo*, que se ha dicho ser esencial á ellas. Son esas etapas: 1.ª La de la pena dolor y mal, impuesta judicialmente, y cumplida en su totalidad, sin perdón alguno, que la justicia compensadora y ponderadora rechaza. 2.ª La de la pena de la misma índole, pero perdonada, abreviada ó conmutada por gracia soberana, sin que por ello se crea agravada la justicia (indulto; «conciliación» de la justicia con la piedad y la misericordia). 3.ª La de la pena de la misma índole, abreviada por buena conducta del reo y por creer innecesaria ó inútil su continuación, para fines, no ya de castigo y retribución, sino de defensa social (liberación condicional ó anticipada, con su complemento de la condena por tiempo indeterminado). 4.ª La de la pena de la misma índole,

pero utilizada, á la vez que para castigo y retribución, para fines de utilidad y mejoramiento social (sistemas penitenciarios, dulcificación utilitaria de la ejecución de las penas). 5.ª La de la pena de la misma índole, pero que no se ejecuta, sino que al cabo de cierto tiempo se perdona por ministerio de la ley (condena condicional, simulacro de condena). 6.ª La del perdón, sin más y desde luego, prescindiendo de la condena, y aun del juicio. 7.ª La de la abolición radical de toda imputabilidad, toda responsabilidad, toda pena y todo procedimiento judicial penal, reemplazados con el sistema de tutela protectora, que es un sistema administrativo, sin Jueces, sin sentencias, con sólo medidas de carácter provisional.

De esta última etapa, que ya se está practicando, aunque no en toda su pureza todavía, haremos luego alguna indicación. Por lo que á las otras hace, la que ofrece mayor interés para lo que ahora estamos tratando, en vista de su tendencia resueltamente antiexpiatoria, en la que ocupa el puesto inmediatamente anterior, ó sea la indicada en sexto lugar. Es una etapa ganada ya en buena parte y que no tardará mucho probablemente en quedar del todo victoriosa sobre su adversaria, la retributiva.

(Continuará).

P. DORADO,

Colaborador de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 9—AÑO XV

SOBRE ACLARATORIA DE SENTENCIA.—*En caso de solicitarse la aclaratoria de una sentencia, ¿desde cuándo se cuenta el término para apelar?*, por el doctor Adolfo Berro García, pág. 129.

DERECHO ENTRE LOS CÓNYUGES — *¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges?*, por la señorita Myrthes de Campos, pág. 133.

JURISPRUDENCIA:

La usurpación de una marca de comercio no constituye un acto de comercio. Es un acto ilícito ajeno á la actividad normal del comercio y su juzgamiento corresponde á la justicia civil, pág. 135.

LA NUEVA LEY DE CONDENA CONDICIONAL.—*Significación y trascendencia*, por P. Dorado, pág. 110.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO, 18 de Julio 23

(26) Seguridad, no la hay nunca; no la hay tampoco después de pasados los tres ó más años de suspensión condicional de la pena.

(27) Que en esto, como en otras cosas más, están en situación idéntica á la que ocupan los de otros pueblos; como se coplan é imitan unos á otros, aquí como siempre.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constán, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Hdefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Gelle, Enrique.
» Giribadi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Méndez, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Rio de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaca Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE ENERO DE 1909

NUMERO 10

Acción para recobrar la posesión

¿Procede la acción para recobrar la posesión por simple privación injusta, sin que exista violencia ni clandestinidad?

I

El artículo 636 del Código Civil dice que «el que ha sido turbado en su posesión ó privado injustamente de ella, tiene derecho para pedir que se le ampare ó restituya con indemnización de costas, costos, daños y perjuicios».

El artículo 1172 del Código de Procedimiento Civil reproduce la disposición transcrita, agregando «y salvo la pena de la ley contra los actos de violencia cometidos con armas ó sin ellas».

Se ve, pues, que según esas dos disposiciones, la acción para recobrar la posesión procedería en todo caso de desposesión injusta.

Pero el artículo 1185 establece que «para que tenga lugar el inicio de restitución ó de despojo se requiere: 1.º que el que lo intente ó su causante haya estado en posesión de la cosa demandada; 2.º que hayan sido despojados con violencia ó clandestinidad.»

Según el artículo 1185 del Código de Procedimiento Civil, se requiere como elemento indispensable para que la acción de restitución proceda, *la violencia ó la clandestinidad*.

El problema surge, pues, de un modo evidente, ¿Procede la acción para recobrar en todo caso de privación injusta (artículos 636 del Código Civil y 1172 del Código de Procedimiento Civil) ó sólo cuando exista violencia ó clandestinidad? (artículo 1185 del Código de Procedimiento Civil).

Es esta la cuestión jurídica que pretendemos resolver en este pequeño trabajo.

El doctor Guillot en su notable libro «Comentarios del Código Civil», (página 170, tomo IV) se inclina á creer que la acción procede en todos los casos de desposesión injusta. «El legislador,—dice el doctor Guillot,—al dictar el artículo 1185 del Código de Procedimiento Civil, no ha tenido el propósito de modificar lo dispuesto en el 636 del Civil, porque ha incorporado este artículo á aquel Código bajo el número 1172. Luego, según el artículo 1185 del Código de Procedimiento Civil, se requiere para entablar la acción de recuperar, haber sido despojado violenta ó clandestinamente de la posesión, y conforme con el 1172 del mismo Código, el que ha sido privado injustamente de la posesión tiene derecho para pedir que ésta le sea restituida. No hay, pues, en conficto, dos disposiciones de distinta fecha (artículo 10) si-

no dos preceptos sancionados al mismo tiempo y dentro de un mismo Código; y para que haya entre ellos la debida correspondencia y armonía, de acuerdo con el artículo 20, no debe sacrificarse el uno al otro, sino que es necesario admitir que ambos rigen, y establecer en conclusión que la acción de recuperar es procedente, no sólo cuando el despojo ha sido violento ó clandestino, sino también cuando ha existido cualquier otro despojo injusto».

El doctor Guillot añade á estos argumentos otro, cuya fuerza indiscutible no es, sin embargo, suficiente á nuestro juicio para aceptar la opinión del distinguido comentarista, en virtud de las razones que aduciremos en el curso de este estudio.

Dice el eminente civilista: «Agréguese que de lo contrario la ley obligaría al despojado á que se hiciera justicia por sí mismo, yendo á reclamar privadamente al despojado la cosa para que pudiera existir violencia, con arreglo á lo dispuesto por el artículo 627; y no es posible suponer que la ley haya querido alentar la comisión de actos de tal naturaleza».

El ilustrado catedrático de Procedimiento Judicial 2.º curso, de nuestra Facultad de Derecho, doctor Freitas, en sus apuntes de clase publicados en la revista «Evolución», (tomo II, página 157), parece inclinarse á una opinión contraria. Dice el doctor Freitas, comentando el artículo 1172 del Código de Procedimiento Civil: «Hay privación injusta de la posesión siempre que la ocupación de la cosa se realiza contra la voluntad expresa ó presunta del poseedor, pues este artículo debe armonizarse con el inciso 2.º del artículo 1185». Según estas palabras del distinguido profesor, posesión injusta sería para él sólo la violenta ó la clandestina.

Nosotros sostenemos en este trabajo esta misma tesis. Para nosotros la acción para recobrar la posesión, contrariamente á lo que cree el doctor Guillot sólo procede cuando existe violencia ó clandestinidad en la posesión actual. (1)

II

La tesis del doctor Guillot, que á primera vista puede seducir por su engañosa apariencia armonizadora, no tiene sin embargo base sólida dentro de los principios de hermenéutica jurídica debidamente aplicados.—El error parte de la singularidad de las dos disposiciones en conflicto. No nos hallamos, en efecto, frente á dos preceptos de contradicción flagrante, excluyentes por su naturaleza, de esos que hacen desde luego evidente la imposibilidad de una convivencia. Nos encontramos frente á una disposición general y á otra especial, á un principio amplio y á una regulación de ese principio. Lo especial puede regir sin que choque con lo general, pero es evidente que tal existencia lo hace desde luego inútil y le quita todo sentido real. Armonizar en la forma que lo hace el doctor Guillot no es armonizar, es decir sencillamente que el legislador al establecer que para que prospere la acción de recobrar es preciso que el despojo haya sido violento ó clandestino, ha calcado un artículo porque sí, sin motivo ninguno, por cuanto cualquier despojo es capaz de dar lugar á la acción. Eso no es armonizar, eso es sacrificar rudamente una disposición legal, es decretar su inutilidad, su vaciedad jurídica, su no

efectividad real,—es decir que el legislador al enumerar taxativamente en el artículo 1185 las condiciones exigidas para que prospere la acción aludida, ha dicho una cosa, no ya inútil, sino contradictoria con lo establecido en el artículo 1172, porque los términos taxativos de aquel artículo excluyen toda otra forma de despojo. Si yo digo en la primera parte de un contrato de arrendamiento que mi arrendatario gozará de mi fundo y si establezco luego que sólo podrá disponer de tales ó cuales sementeras que taxativamente especifico, limito el primer artículo por el segundo y reglamento aquel goce que admití como principio general. El doctor Guillot llamado á interpretar ese contrato, de acuerdo con el criterio que expone en el punto jurídico que examinamos, diría tranquilamente que deben regir las dos disposiciones del contrato y que el arrendatario debe gozar del fundo disponiendo de su totalidad, sin limitarse á las sementeras A ó B, cuyo aprovechamiento lo ha sido especialmente permitido. Sin embargo desde que se ha tolerado tan sólo el uso de esas determinadas áreas agrícolas ha sido por tanto prohibido el goce de las otras y sólo violando el espíritu y la letra del contrato puede aplicarse el principio general establecido al comienzo del documento sobre disfrute del fundo. En realidad no rigen las dos disposiciones;—una de ellas, la que limita el principio general muere de un modo definitivo y no tiene eficacia alguna. No es necesario insistir sobre este punto. El error del doctor Guillot surge perfectamente claro del ejemplo expuesto. Armonizar no es sacrificar; armonizar jurídicamente es coordinar disposiciones de apariencia contradictoria, es hacer de ellas una especie de engranaje de cómodo desarrollo, es facilitar su coexistencia de acuerdo con la lógica y con el buen sentido. No se pone en pacífica convivencia dos disposiciones diciendo que aquella que establece un límite no rige, puesto que la otra es ilimitada. No es necesario apelar en este caso á la autoridad de ningún maestro de la ciencia jurídica para hacer resaltar el error de tal tesis.

En cambio con el criterio que nosotros admitimos, la armonización existe realmente, el legislador no se contradice, el Código no afirma y niega al mismo tiempo, ningún artículo florece precariamente, anémico é inútil,—hay razón, hay sentido, hay lógica para todos. El Código de Procedimientos ha seguido, en efecto, un plan ordenado en lo que se refiere á acciones posesorias. Ha establecido un título especial: «De las acciones posesorias» dividido en cuatro capítulos. Al primero lo titula «Disposiciones generales» y á los otros les da la denominación correspondiente á las acciones de que tratan. Quiere decir, pues, que del plan y del tenor literal del Código, los primeros artículos de acciones posesorias, del 1171 al 1175, constituyen, según sus mismos términos, disposiciones generales, principios jurídicos de carácter amplio, regulados por disposiciones especiales establecidas en los capítulos siguientes.

El Código establece en la primera parte del título á que nos referimos las grandes líneas fundamentales y las normas á que todos los interdictos deben ajustarse, y regula luego las condiciones singulares de cada una de las acciones.

Es así que puede decir, sin contradicción alguna y con lógica perfecta, en el artículo 1172: «el que ha sido turbado en la posesión ó privado injustamente de ella, tiene derecho á pedir que se le ampare ó restituya», etc., y decir en los 1176 y 1184 en qué condiciones pueden ejercitar su derecho. Y no se diga que con nuestra interpretación se hace inútil el artículo 1172. El tiene siempre una existencia racional como principio amplio y como

(1) El doctor Alejandro Lagarrilla, en su tesis inédita sobre «Acciones Posesorias» sostiene esta misma opinión según nos ha manifestado. No conocemos, sin embargo, los argumentos en que la apoya.

norma jurídica regulada y limitada por los artículos siguientes. Y una prueba completa de que no puede ser otra la intención del legislador está en que en lo referente á la acción de conservar sigue idéntico criterio y método sin que á nadie se le haya ocurrido discutirlo. Dice en efecto el artículo 1172 de un modo general y amplio «*el que ha sido turbado*» y en el 1176 establece que *sólo el que haya sido turbado por actos materiales*. ¿Se atreverá alguien á sostener que el que haya sido turbado por cualquier acto, en cualquier forma, tiene derecho al interdicto como lo indica la generalidad indudable del artículo 1172, ó sostendrán todos, en cambio, la limitación del 1176 á tan sólo los *actos materiales*?

Guillot sostiene en efecto la última interpretación en las páginas 160 y siguientes de tomo IV de su obra, sin que se le haya siquiera presentado una sombra de duda al respecto. ¿Y por qué seguir otro criterio en el caso en examen?

III

Si á pesar de los términos de la ley y de su espíritu evidente, pudiera dudarse todavía acerca del carácter de la acción de reintegro, ese carácter asumirá una notoriedad indudable haciendo una pequeña investigación histórica y un estudio de los principales Códigos vigentes. Las acciones posesorias estaban establecidas en Atenas como medio de reprimir un *acto de violencia*, y por tanto sustancialmente fundadas sobre un delito ó un cuasi delito. (1)

El derecho de reintegración existía igualmente en Roma mediante dos interdictos: *Unde vi* y *De clandestina possessione*, es decir un caso de violencia ó de clandestinidad. La posesión de un fundo se adquiría, dice Pescatore, (2) con la ocupación propia ó con la tradición, que es todavía una ocupación bien derivada del precedente ocupante. Y así adquirida con un hecho cierto é instantáneo, podía recuperarse en caso de despojo clandestino ó violento. El Breviario de Alarico, recogió este criterio copiando casi por entero el título de interdictos de las sentencias de Paulo y los títulos *Unde vi*, *Utrubi* y *Ad legem Juliam de vi* del Código Teodosiano. La *lex romana Burgundiorum* tiene un título *De violentiis* extractado del Código Teodosiano y el edicto de Teodorico reproduce la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio que forma la ley *Unde vi* del Código de Justiniano, constitución que se encuentra también en la ley bárbara de los visigodos. Los antiguos interdictos romanos, algo modificados por la natural evolución de los tiempos, aparecieron también en el Derecho Canónico, y la acción más antigua de esta especie es la de reintegración concedida á aquel que hubiera sido desposeído violentamente de una herencia. Fué esta la época en que la protección posesoria alcanzó un favor más amplio, y el decreto de Graciano y los decretales de Gregorio IX, en los siglos XII y XIII atestiguan una acción *spolii* y una excepción de idéntica naturaleza. Esta acción y esta excepción combinadas formaban lo que se llamaba *remedium spolii* y el sistema se resumía en la fórmula *redintegranda sunt omnia expoliatis* ó, según el lenguaje de los comentadores, «*Spoliatus ante omnia restituendus*». Del Derecho Romano la acción de reintegración pasó también al Derecho Civil francés bajo el reinado

de San Luis, fundiéndose más tarde con la de turbación mediante los cambios introducidos en la jurisprudencia por Simón de Bucy, primer presidente del Parlamento de París, en el siglo XIV, y siendo sometido á las mismas condiciones que la *complainte* por la ordenanza de Villers Cotterets del siglo XVI, conservando sin embargo siempre su carácter de recurso contra los despojos violentos según lo atestigua la autoridad de Pothier. (3)

Es cierto que hay un momento en la historia de este instituto, bajo el reinado del Derecho Canónico, en que el recurso de restitución procede en todos los casos de desposesión «*aut per quas cumque injustas causas*», pero esta extensión exagerada y antijurídica al decir de Bourcard, destinada únicamente á defender de todas maneras los bienes de la Iglesia, no ha pasado á las modernas legislaciones. En el antiguo Derecho Germánico, las acciones posesorias no existían realmente; sin embargo, á partir del siglo XIV, el Derecho Germánico se modifica bajo la acción de influencias extranjeras, y el antiguo derecho, la práctica nueva, el Derecho Romano y el Derecho Canónico componen una mezcla confusa y difícil. Sin embargo, puede afirmarse con certeza que el «*Inhaber*», detentador que tenía el *animus rem sibi habendi*, era protegido contra la *violencia* y que una ordenanza de Federico II, en 1181 le acuerda al mismo tiempo el *summariusimum* y el *remedio spolii*. (2)

Las antiguas leyes españolas, Partidas, Fuero Juzgo, Fuero Real y Novísima Recopilación, contienen igualmente disposiciones destinadas á hacer reintegrar en su posesión á aquel que fuera despojado de ella violenta ó clandestinamente. (3)

En el Derecho moderno, dice Galdi (4), y en el italiano especialmente, la *reintegranda* no tiene fundamento diverso del de *unde vi*. Para que ella tenga lugar es necesario un *despojo violento* ó *clandestino*, un acto delictuoso y una posesión cualquiera, y es necesario igualmente un *despojo violento* ú *oculto* para que tenga lugar la acción de reintegro según Mancini, Pissaneli y Scialoja en sus comentarios al Código de Procedimientos del Estado Sardo. (5)

Se concede el interdicto de despojo, dentro de la legislación española moderna,—dice Caravantes (6) contra todo aquel que *violenta* ó *clandestinamente* ha despojado á otro de una cosa de que se hallaba en posesión aunque sea el verdadero dueño, pues en este interdicto no se trata del mejor derecho de los contendientes. Dentro de la legislación francesa moderna los autores discuten acerca de la existencia independiente de la acción de reintegración, y los que la admiten discuten todavía si se concede al poseedor ó al simple detentador. Pero en cuanto al carácter de la acción, los autores están de acuerdo en asimilarla al *unde vi* del Derecho Romano. (7)

La jurisprudencia argentina,—ya que la legislación es bastante confusa á este respecto,—da al interdicto de recobrar, precisamente el mismo carácter que le dan las leyes antiguas y modernas. El interdicto de recobrar sólo es procedente, — dice una sentencia, —

(1) Garsonnet, «*Traité de Procédure*», I, números 344 y siguientes.

(2) Bourcard, «*Etude sur les actions possessoires*».

(3) Mauresa, Miquel y Reus, «*Ley de Enjuiciamiento*», tomo III, pág. 611.

(4) Obra y tomo cit., pág. 217.

(5) Vol. I, parte II, pág. 623.

(6) «*Ley de Enjuiciamiento*», tomo III, pág. 254.

(7) V. á Garsonnet, obra y tomo cit., pág. 526, nota 3.

(1) Galdi, «*Comma al Codice de P. Civile*», pág. 217, tomo V.

(2) «*Filosofia e dottrina giuridiche*», vol. I, pág. 373.

cuando se justifica la *violencia* ó *clandestinidad* y el tiempo en que tuvo lugar el despojo. Y otro fallo de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires, establece igualmente que el interdicto procede siempre que el poseedor pierda su posesión *violenta* ó *clandestinamente*.⁽¹⁾

IV

Esto en cuanto á la historia del instituto de que tratamos. Yendo ahora al fundamento filosófico y á la razón jurídica de las acciones posesorias, es fácil comprender la verdad de la tesis que sostenemos. Decir que en las acciones posesorias debe discutirse la *justicia* ó *injusticia* de la posesión, es desconocer el carácter mismo de esos recursos. Justicia ó injusticia en la posesión no significan otra cosa que propiedad ó no propiedad. La posesión es justa cuando se es propietario, y en todos los demás casos ó es simple detentación ó es injusta. Discutir la justicia de la posesión es discutir la propiedad, y no es por cierto la propiedad la que se ventila en los juicios posesorios. Fatalmente, inevitablemente, el pleito que versara sobre la justicia de una detención *animus domini*, no sería otra cosa que un juicio petitorio, es decir, un juicio plenario, amplio, con todas las consecuencias de las situaciones definitivas. Y es indudable que no es ese ni histórica ni filosóficamente el carácter de las acciones que estudiamos. Sosténgase la doctrina que se sostenga acerca del fundamento de este instituto, es necesario admitir que lo que se protege por él, es el hecho de la posesión actual, sin perjuicio de discutir el *derecho* mediante trámites más serios y procedimientos más complicados. El poseedor triunfa del que no lo es; ¿por qué?, por cualquiera de las razones que la doctrina ha expuesto, poco nos importa cuál de ellas. Y si este principio se rompe en la acción para recobrar, si el poseedor actual no triunfa en este caso del que no es poseedor, ¿cuál es la causa de esa excepción á la regla general? Es precisamente la *violencia* ó la *clandestinidad*. La *violencia*, porque es contraria al orden público; la *clandestinidad*, porque el despojo oculto envuelve la idea del delito, presentándose con los caracteres de la opresión fraudulenta, por la cual fué equiparada á la vía de hecho, como en las convenciones el dolo fué equiparado á la *violencia*. Tal es el único fundamento posible de la *reintegrante*, y tal fundamento es admitido unánimemente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. La teoría de Savigny triunfa en este punto de una manera definitiva. Podríamos acumular aquí nombres ilustres y opiniones incontrovertibles, pero en este trabajo en que hemos puesto tantas veces á contribución la ciencia de los maestros, esa tarea resultaría fatigosa. Bastan esos principios generales para afirmar la evidencia de la doctrina expuesta, y creemos que en este terreno la discusión no podría seguir mucho tiempo.

V

En resumen, nuestra opinión es que el problema jurídico propuesto debe ser resuelto en el sentido de que sólo procede la acción de recobrar en los casos de desposesión *violenta* ó *clandestina*. Nos fundamos para ello principalmente, y fuera de las razones teóricas expuestas, en los argumentos legales así concretados: 1.º La disposición del artículo 1185 del Código de Procedimiento

Civil es taxativa: 2.º si se aceptara de acuerdo con el artículo 1172 el interdicto siempre que hubiera *privación injusta*, resultaría completamente inútil la disposición del artículo 1185, inciso 2.º, desde que la posesión *violenta* ó *clandestina* siempre es *injusta*; 3.º la colocación respectiva de ambos artículos (el 1172 en el capítulo de «Disposiciones generales» sobre «acciones posesorias» y el 1185 en el capítulo especial de la acción para recobrar la posesión) y la generalidad de los términos que emplea el primero, demuestran que este es un precepto establecido á modo de principio que las disposiciones sucesivas desarrollarán, aclararán y limitarán, como pasa en casi todos los cuerpos de leyes; 4.º que lo mismo pasa en la acción para conservar la posesión, pues el artículo 1172 habla sólo del que haya sido turbado en la posesión, y el 1176, al *reglar especialmente* este interdicto, establece que la turbación debe emanar de *actos materiales*, excluyendo así, en forma inconcusa, las turbaciones de derecho que, sin embargo, se hallarían comprendidas en los términos generales del artículo 1172; 5.º Es un principio de hermenéutica que las disposiciones especiales derogan á las generales, no éstas á aquéllas; y del epígrafe de los capítulos en que se hallan respectivamente incluidos los artículos 1172 y 1185, y del contexto de los mismos, resulta claramente que el primero es una disposición general, referente á *todas las acciones posesorias*, y el segundo se refiere especial y exclusivamente al interdicto de recobrar.

HÉCTOR MIRANDA.

Jurisprudencia

Es precedente la acumulación de procesos cuando siguiéndose á una persona dos juicios, uno del fuero militar y otro del ordinario, se ha sentenciado en el primero y siguen los procedimientos en el segundo de acuerdo con las disposiciones de los artículos 762 y 1153 del Código Militar y del artículo 282 del Código de Instrucción Criminal.

Excmo. Señor:

El defensor del sargento mayor don Eduardo B. Sarmiento en el incidente sobre acumulación de autos, á V. E., evacuando la vista conferida, me presento y digo:

Que no dudo que V. E., procediendo de acuerdo con la justicia y la equidad, se ha de servir revocar la resolución del Inferior, ordenando en consecuencia que éste al fallar definitivamente en la causa que conjuntamente con el capitán Troncoso y el teniente Inchaurre se sigue á mi defendido, compute la sentencia dictada por el señor Juez Letrado de Canelones que condena á mi defendido á diez meses y medio de prisión,—de acuerdo con lo establecido en el artículo 762 del Código Militar.

V. E. no sólo entenderá así en el recurso de apelación interpuesto, sino que hará aplicación de la facultad que expresamente le acuerda el artículo 679 del referido Código.

El caso del mayor Sarmiento es claro en medio de toda su confusión aparente.

Cuando la justicia militar lo procesó por faltas cuya

(1) Machado, «Código Civil Argentino», tomo VI, pág. 442.

La existencia he probado en los autos principales, se le siguió una causa ante la justicia ordinaria. Estando preso en el cuartel del 3.º de Cazadores á disposición de los tribunales militares, fué condenado en la referida causa común el 15 de junio del corriente año á diez meses y medio de prisión.

De esa condena ya llevaría cumplida más de la mitad (trece meses largos) si no hubiera estado detenido á disposición de la justicia militar.

Pero eso no es nada.

Lo grave es la violación de principios elementalísimos de la ciencia del derecho penal que se cometería en el presente caso, si la justicia militar pretendiera fallar en la causa del mayor Sarmiento, con prescindencia de la condena dictada por la justicia común.

Cuando hay concurrencia de varios delitos en una misma persona, es principio universalmente admitido que no se aplica una pena por cada delito. Desde el derecho romano que usaba una acumulación de penas que en el conjunto suponía una reducción sobre la suma total, hasta el derecho francés vigente que sólo admite que al inculparse de varios delitos se le someta á la pena del más grave, todas las legislaciones han adoptado un sistema de graduación mediante el cual una pena común absorbe las correspondientes á diferentes delitos.

Nuestras leyes penales no han eludido, no han podido admitir semejante principio de universalidad indiscutible, que tanto contempla los dictados de la justicia y de la equidad, y por el contrario lo ha adoptado de una manera expresa.

El artículo 762 del Código Militar así lo establece al decir: «Cuando por medio de una sola acción se ejecutan varias infracciones á las leyes penales, ó se ejecutan distintas infracciones con actos ó hechos distintos también, la pena será:

«... En el segundo (caso) se acumularán las penas correspondientes á las distintas infracciones siempre que sean de la misma naturaleza», etc., etc.

Como ve V. E., la ley penal militar tratándose de penas de la misma naturaleza no admite reducción, salvo el caso de ultrapasarse el máximo legal, máximo al cual lo podría llegar nunca la pena á imponerse al mayor Sarmiento.

Este tendría que sufrir, pues, la acumulación lisa y llana de la pena impuesta por la justicia ordinaria con la que pueda imponerle la justicia militar. Aún así, reclamamos el cumplimiento de ese precepto legal para mi defendido para evitar una mayor iniquidad en el cumplimiento de dos penas sucesivas, y por ser además de estricta justicia.

Hagamos hipótesis con el caso del mayor Sarmiento y resultará de una manera palmaria esa iniquidad.

Con fecha 16 de octubre el Consejo de Guerra Permanente dió por computadas con el tiempo de prisión sufrida, las infracciones atribuidas á mi defendido. Quiere decir, pues, que para aquel cuerpo de la justicia militar, con la prisión sufrida hasta el 16 de octubre, estaba cumplida la pena que podría imponerse al mayor Sarmiento. Supongamos ahora que el Tribunal Militar de Apelaciones confirme dicha sentencia. ¿Qué sucederá? Que el mayor Sarmiento habrá cumplido la pena á que puede ser acreedor con un exceso de tiempo que es el que corre entre el 16 de octubre último y la fecha en que se dicte la nueva sentencia.

¡Siquiera obtuviera su libertad! Pero no. Su situación no cambia por eso. Se limita á pasar de una cárcel á otra. Después de haber cumplido con exceso de varios meses la pena de la justicia militar, va á empezar á cumplir la

pena de la justicia ordinaria, sin tenerse en cuenta que ha estado en prisión en un cuartel más del tiempo que le correspondía.

¿No es esto una enormidad? Lo es, y no se puede concebir que la sociedad sea tan cruel que no haya dado á sus jueces el medio de remediarla.

Es inadmisibles alegar que se trata de juicios seguidos ante instancias diferentes. También es inadmisibles alegar que esos juicios se han sustanciado por diferentes fueros.

El castigo de la delincuencia es un arma social, un medio de defensa social. La sociedad castiga como ente único é indivisible. Nada importa que esa función la ejerza por medio de órganos distintos, que en este caso son los Tribunales militares y los Tribunales ordinarios. La distinción del órgano podrá conservarse en todas las sustanciaciones formales hasta la imposición de la misma pena. Pero en la aplicación de ésta ¿en nombre de quién acciona el Tribunal, sea militar, sea común, si no es en nombre del interés del mismo, único é indivisible cuerpo social? La pena de prisión, sea cumplida en un cuartel, sea cumplida en una cárcel civil, tiene que ser pena cumplida que deben tenerla en cuenta los Tribunales. ¿Por qué la prisión que sufra de más mi defendido mientras está á disposición de la justicia militar no ha de ser tenida en cuenta al computarse su tiempo de prisión á los efectos de la condena ordinaria? ¿Por qué no ha de ampararse á mi defendido á los beneficios de la acumulación que favorecen á todos aquellos prevenidos juzgados en causas diferentes, y por diferentes infracciones?

Un autor italiano, Florian, en su modernísima obra «Dei reati é delle pene in generale», dice que para la unificación de la pena «las legislaciones modernas han abandonado la condición de que á la concurrencia de delitos sea necesaria la contemporaneidad y la unidad del juicio; ahora se establece que las reglas de la concurrencia deben aplicarse aunque los jueces sean diversos» (página 328).

Más adelante (página 340), refiriéndose el mismo autor á una sentencia de la Corte de Venecia que acumulaba penas pronunciadas por distintos tribunales, dice lo siguiente:

«Pensamos que debe adoptarse la opinión de la Corte de Apelaciones de Venecia confirmada por el Supremo Colegio. Las normas de la concurrencia son dictadas por el interés general, constituyen un principio fundamental del derecho penal; deben pues, ser aplicadas en todos los casos».

Pero no tengo necesidad de ir á buscar el apoyo de autoridades exóticas para justificar la doctrina que defiende. Nuestras propias leyes patrias solucionan el caso de manera indudable.

El mismo artículo 762 del Código Militar, cuando habla de distintas infracciones á las leyes penales, emplea una generalidad de términos que da cabida á la opinión por mí sustentada. Habla de leyes penales sin referirse á qué clase de leyes. No distingue entre ley penal militar ó ley penal común. Y como según el principio elemental de derecho «donde la ley no distingue á nadie es lícito distinguir», no puede en modo alguno distinguirse en el referido precepto á qué clase de leyes ha querido referirse, y debe establecerse por el contrario que se ha referido á las leyes penales en general.

Esto basta para el triunfo legal de la doctrina que sostengo; pero á mayor abundamiento, puede recurrirse al texto expreso de las leyes supletorias.

El artículo 1153 del Código Militar establece que «en lo no previsto y en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la legislación ordinaria serán supletorias de las del presente Código» (el Militar).

Luego, pues, si se considera que el caso de acumulación de penas que promueve respecto á las que deben aplicarse al mayor Sarmiento, no está previsto en la ley penal militar, debe irse á la ley penal ordinaria para ver si en ella está comprendido.

Y que lo está no cabe duda.

El Código Penal dice en su artículo 78 que «al culpable de dos ó más delitos se aplicará la pena que deba imponérsele por el delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos», etc.; y más adelante en su artículo 81 agrega que «la disposición del artículo 78 es aplicable aún en el caso de que, después de una sentencia condenatoria se haya de juzgar á la misma persona por otro ó otros delitos cometidos antes de la condena».

La generalidad de los términos empleados en las disposiciones legales transcritas, hacen indiscutible su aplicación al caso presente, pero en confirmación de las opiniones que sustentó, recurriré todavía al Código de Instrucción Criminal, que es también ley supletoria de la militar (acuerdo de V. E. de 5 de octubre de 1892), el que nos dice además de qué modo ha de procederse para sustanciar el juicio en trámite, después que está pronunciada la condena en el anterior.

Y dice el artículo 282 del referido cuerpo de leyes que si «en los procesos pendientes en instancias superiores se impusiere una pena menor á la pedida en otros de los seguidos en primera instancia, acumulados éstos á la causa terminada, continuarán los procedimientos».

En el presente caso, corresponde continuar los procedimientos militares respecto al mayor Sarmiento; pero acumulando al proceso pendiente la causa terminada.

Es la solución á que con indiscutible concordancia, llegan los artículos 762 del Código Militar, 78 y 81 del Penal y 282 del de Instrucción Criminal.

Y ya que esa solución está de tal modo sustentada en la doctrina y en la ley positiva, V. E. debe mandarla aplicar, salvando así á mi defendido de verdaderas injusticias á las que no puede someterse sin detrimento de los eternos principios de justicia.

Esa solución no puede siquiera presentar el inconveniente de ser objetada por la justicia común. Antes bien, ésta ya la ha prestigiado en este mismo asunto: El señor Juez Letrado de Canelones remitió, en efecto, la condena impuesta al mayor Sarmiento á la justicia militar y á los efectos del ya citado artículo 282 del Código de Instrucción Criminal, como consta en las actuaciones incorporadas á los autos principales.

Pero aún en el extremo de que todas las leyes silenciaran el caso ocurrente, V. E. debería ir á esa solución, desde que no hay precepto expreso en contra de ella.

Es en efecto principio inconcuso del derecho penal, que entre diferentes disposiciones legales, debe aplicarse la más benigna al acusado; lo es también que el silencio de la ley favorece al mismo acusado.

Las agravaciones de las penas, las penas mismas, los modos de aplicarlas que puedan perjudicar poco ó mucho la causa del prevenido, sólo deben ser admitidas en virtud de disposición legal terminantemente expresa.

Esta benignidad para con el reo para los casos dudosos, es una de las tantas distinciones fundamentales entre el derecho penal y el derecho privado.

Aunque el caso no estuviera, pues, previsto—que lo está, según lo he demostrado anteriormente—V. E. debe resolverlo en el sentido solicitado.

Por lo expuesto, á V. E. pido se sirva fallar definitivamente ordenando la acumulación solicitada, y enviando la comunicación que corresponde al señor Juez Letrado de Canelones.

Es justicia.

Pedro Manini Ríos.

SENTENCIA

Supremo Tribunal Militar.

Visto: este incidente venido en apelación en mérito del recurso interpuesto á f. 6 por el defensor del prevenido sargento mayor Eduardo B. Sarmiento en contra de la resolución dictada á f. 5 por el Tribunal Militar de Apelaciones,

Resultando: que el señor defensor del procesado sargento mayor don Eduardo B. Sarmiento en su escrito de f. 1 afirma que procedería decretar la excarcelación provisoria de su defendido, aunque en el caso ella no tendría otro alcance que el de poner á éste á la disposición de la justicia ordinaria y solicita se dé cumplimiento á lo que establecen los artículos 278, 282 y 283 del Código de Instrucción Criminal y artículo 762 del Código Militar, debiendo reservarse en consecuencia, establecer en la sentencia definitiva de la causa militar la agravación que corresponda por la condena impuesta en el proceso seguido y fallado por la justicia ordinaria;

Resultando: que el señor Fiscal Militar por su vista de f. 3 se opone á dicha petición manifestando que no procede la excarcelación provisoria y que hay cosa juzgada en sentido opuesto á la acumulación de los procesos, opinión ésta que ha sido compartida por el Tribunal Militar de Apelaciones (resolución de f. 5); y

Considerando: que la libertad provisoria no puede ser otorgada porque la disposición del artículo 64 del Código de Instrucción Criminal se refiere únicamente á los casos de absolución en causas correccionales y aquí no se trata de causa de esta naturaleza ni la sentencia de primera instancia ha decretado la absolución del prevenido;

Considerando: que se ha sufrido error al afirmar que hay cosa juzgada en el sentido de que no procede la acumulación de procesos, puesto que la sentencia del Consejo de Guerra testimoniada á f. 12 de la pieza número 6 agregada, que la habría producido, establece en el número 3 de su fallo, que con las piezas que se indican en el número 2 del mismo se forma expediente agregándose por cordón á la causa que se sigue al mayor Sarmiento para tener presentes sus efectos al pronunciarse sentencia definitiva, lo que importa decretar la acumulación, pues de lo contrario no se habría determinado que debían tenerse presentes los efectos de la sentencia ejecutoriada al resolverse en definitiva sobre el juicio militar pendiente;

Considerando: que siendo la legislación ordinaria su-

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

pletoria de la militar (artículo 1153 del Código Militar) y no haciéndose distinguirlo alguno en el título IX del Libro II del Código de Instrucción Criminal que trata de la acumulación de los procesos respecto á la naturaleza de los delitos, nada obsta á que se aplique en la forma que proceda en el caso *sub-judice*, así como también podría tenerse presente lo establecido por el artículo 762 del Código Militar en cuanto hubiere lugar;

Considerando: que si bien es cierto que la justicia tiene real interés en que se castiguen las infracciones á la ley penal de acuerdo con las prescripciones de ésta, no lo es menos que también lo tiene en que no haya exceso en la aplicación de las penas, desde que toda detención ó prisión que supere á la legal constituye una injusticia;

Considerando: que si fuere confirmada la sentencia de primera instancia que da por computado el delito que se imputa al mayor Sarmiento con el tiempo de prisión que lleva sufrido cuando aquélla fué dictada, resultaría que éste habría estado detenido por un tiempo mayor que podría haber aprovechado para cumplir en todo ó en parte la sentencia ejecutoriada de la justicia ordinaria á que se deja hecha alusión;

Considerando: que en el caso de que la justicia militar imponga al procesado una pena más grave que la establecida en la sentencia de primera instancia, ningún inconveniente podrá acarrear la acumulación de procesos, acumulación que también ha sido considerada procedente por la justicia ordinaria según resulta de los testimonios que forman la pieza número 6 agregada á estos autos,

Se revoca la sentencia apelada, declarándose que la acumulación de procesos pedida es procedente y que deben tenerse presentes los efectos de la sentencia ejecutoriada dictada por la justicia ordinaria contra el mayor Sarmiento al resolverse en definitiva el juicio militar pendiente.

Notifíquese y devuélvase.

Montevideo, diciembre 31 de 1908.

Nicomedes Castro—Pedro Callorda
—Benigno P. Carámbula—L.
Montoro—Juan Bernassa y Je-
rez.

No procede el embargo de la propiedad particular de una Escribanía actuaria, que ha sido objeto de un arrendamiento, para responder á la ejecución entablada contra el arrendatario por apropiación indebida de sumas entregadas en la oficina. La calidad de arrendatario de la Escribanía no coloca á éste bajo la dependencia del propietario arrendador, no siendo aplicable, por consiguiente, el artículo 1298 del Código Civil; y no pudiendo tampoco considerarse como persona jurídica á la entidad «Oficina Actuaria» (artículo 21 del Código Civil). No existiendo pacto expreso que establezca la solidaridad de las partes en la responsabilidad respecto de terceros por los hechos personales de uno de ellos (artículo 1365 del Código Civil), el arrendatario de la oficina es el único responsable de los desfalcos en ella ocurridos.

Visto este juicio de tercera instancia iniciado por don Juan P. Musto con motivo de la ejecución seguida por la sucesión de Matías Güelhenzú contra don Justo P. Linares, y la reconvencción ó contrademanda del ejecutante contra el tercerista por devolución de sumas entregadas á la oficina actuaria del Juzgado de lo Civil de 3.^{er} turno,—

Resultando: que habiendo la sucesión Güelhenzú iniciado juicio ejecutivo contra la oficina actuaria antes citada, para recobrar sumas que le pertenecían y que habían sido objeto de apropiación delictuosa, se trabó embargo en lo que constituye la propiedad particular de la escribanía del Juzgado de lo Civil de 3.^{er} turno (f. 165 autos agregados y expediente sobre el recurso de queja);

Que ese embargo motivó esta tercera instancia que inició el actor, fundándose en que siendo él, dueño de la escribanía, y el ex actuario Linares el culpable de la defraudación y deudor de las sumas, el embargo era improcedente y «debe ser levantado con la justísima imposición de costas, costos, daños y perjuicios» legalmente impuesta á quien como el señor Novoa infiere á sabiendas tan inculcable ataque á derechos de terceros. Que en vano, dice el tercerista, se trata de cohonestar tal actitud diciendo que la acción se dirige contra la oficina actuaria, porque ésta no es persona física ni moral que pueda ser parte en juicio alguno y que sobre todo su propietario no puede ser responsabilizado por los actos de sus inquilinos;

Que conferido traslado al ejecutante, negó éste al tercerista su calidad de tal, y discutida por vía de incidente, se resolvió por sentencia ejecutoriada de f. 69 que Musto era tercerista;

Que definida así la situación de las partes, el apoderado Novoa, en representación de la sucesión Güelhenzú, contesta la demanda y á la vez reconviene al actor por devolución de las sumas que fueron depositadas en la oficina, sus intereses, costas y costos, diciendo: Que la averiguación del derecho de dominio sobre la cosa embargada, es innocua en este caso para el ejercicio de sus acciones, porque entiende que puede demandar al señor Musto, contrademandarlo y reconvenirlo como lo reconviene y contrademanda para que como tal dueño me responda civilmente por lo menos de los fondos depositados en la oficina que llama suya, con todos los demás accesorios, intereses, costas y costos; que el triunfo de sus acciones no depende de la existencia ó inexistencia de un delito, porque la oficina donde se consignaron las sumas, ó sus dueños ó empresarios, tienen la obligación civil de la devolución del depósito; Que la oficina actuaria tiene personería jurídica y puede ser demandada; Que los dueños ó empresarios de esos establecimientos son también responsables por los hechos ilícitos de los que los administran según el artículo 1298 del Código Civil; Que entre el dueño de la escribanía y el que la desempeña existe un arrendamiento de obras y no de cosas como lo afirma el tercerista; Que el señor Musto al adquirir la escribanía sabía que se responsabilizaba por lo menos civilmente de los hechos lesivos de los regentes ó empleados adscriptos á la vida funcional de esa institución, y que esa responsabilidad no podía excusarse ni atenuarse por que el regente ó actuario le fuera impuesto por autoridad superior;

Que conferido traslado al ejecutado por auto de f. 83 vta., recurrió de esa resolución, la parte de Linares á f. 105, por haberse iniciado la acción contra la Oficina Actuaria y no contra aquél, dando lugar así á un inciden-

te que fué resuelto en definitiva declarando á Linares demandado en la ejecución (resolución de f. 148);

Que dado por evacuado en rebeldía el traslado conferido al ejecutado y después del trámite legal, se abrió el juicio á prueba produciéndose la que consta del certificado de f. 437.

Considerando: que ante todo conviene precisar y dejar claramente establecido que las partes que intervienen en este juicio son: la sucesión Güelhenzú en rol de ejecutado, don Justo P. Linares como ejecutado y don Juan P. Musto, tercerista y á la vez demandado en la reconvencción;

Que con respecto á la *tercera de dominio*, su procedencia es indiscutible desde que no siendo Musto el ejecutado se embargó un bien que le pertenecía, según lo ha probado hasta la evidencia con la escritura pública de venta glosada á f. 13 y con prueba testimonial que confirma su derecho;

Que el propio ejecutado no ha contestado el dominio del tercerista y su misma contrademanda contribuiría á indicar el reconocimiento implícito de aquel derecho si no hubiera sido expresamente reconocido en el curso de la tramitación;

Considerando: que la demanda reconvenccional del ejecutado se funda en dos acciones distintas:

1.º En una acción contractual, la que nace del depósito que según el actor se hizo en la oficina actuaria, de sumas pertenecientes á la sucesión Güelhenzú;

2.º En una acción extracontractual; la que emerge de un cuasidelito—de la culpa aquiliana—legislada por el artículo 1298 del Código Civil que hace exigible la responsabilidad por hecho ajeno;

Que con relación á la acción de depósito sólo un error de conceptos jurídicos puede haber llevado á ejercerla, pues en el hecho de la entrega de las sumas de dinero al actuario Linares, no hay depósito, y en consecuencia ni la sucesión fué depositante, ni Linares fué depositario y menos lo fué Musto que en la fecha de la entrega de aquellas cantidades no ejercía funciones en la oficina actuaria (fs. 98, 103 vta. y 112—autos sucesión Matías Güelhenzú—y 303 autos tercería);

Que los actuarios no pueden ser depositarios en los asuntos en que intervienen (artículo 221 núm. 1.º Código de Procedimiento Civil), y cuando se les entregan sumas de dinero es para que las depositen en otras oficinas con arreglo á la ley, confiriéndoseles así un mandato; pero no se les confía un depósito que importaría la violación de una disposición legal prohibitiva;

Que si fué el actuario Linares el que en calidad de tal recibió los fondos entregados, claro está que cualquiera que sea la relación jurídica creada por la entrega, tiene la sucesión Güelhenzú como dueña de esas sumas, acción contra el actuario que las distrajo delictuosamente, pero no la tiene contra Musto que si no fué depositario, tampoco fué mandatario ni intervino en ningún contrato con la sucesión;

Que para exigir de Musto la devolución de las sumas consignadas, arguye el ejecutado que fué la oficina la que recibió los fondos, y por lo tanto está obligada á restituirlos, como lo está también Musto en su calidad de dueño de aquella escribanía;

Que encarada la acción bajo esta faz, tampoco puede prosperar, porque se personifica á la oficina que no es persona física ni moral, capaz de obligaciones y derechos. Se confunde al funcionario público con la oficina donde ejerce sus funciones, sin advertir que hecha abstracción del primero sólo es la segunda un cargo vacío al que la ley no le ha dado capacidad que lo constituya en persona jurídica (artículo 21 del Código Civil);

Que la misma acción del demandante dirigida contra Musto en calidad de dueño de la oficina y el embargo trabado en el valor de la misma, está revelando á las claras que la oficina no es persona, porque las personas no pueden ser objeto de propiedad ni tienen valor para poder ser embargadas como bienes ó cosas;

Que las oficinas públicas como órganos de la administración general del Estado no tienen capacidad jurídica, no adquieren, ni se obligan, ni delinquen, ni accionan, ni son demandadas, porque la ley, única potestad que puede convertir á un ente abstracto en persona jurídica, no les ha dado el carácter de tales;

Que en consecuencia demandar á Musto por obligaciones de la oficina de que es propietario, es un contrasentido sin alcances;

Considerando: que en cuanto á la segunda acción, la proveniente de responsabilidad por hecho ajeno, la funda el actor en que el demandado como propietario de la escribanía, debe reparar el daño causado por la persona que desempeñando el cargo se apropió las sumas de dinero pertenecientes á la sucesión (artículo 129 del Código Civil);

Que esa acción implica la imputación de una culpa que la ley presume cometida por quien hubiera podido evitar el hecho ilícito, si hubiera desplegado activa vigilancia ó si hubiera elegido con más acierto á la persona directamente responsable;

Que en todo caso la imputabilidad de la culpa exige una relación de dependencia entre el autor del daño y la persona por hecho ajeno, como lo expresa claramente el primer inciso del artículo 1298 antes citado: «Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia»;

Que por lo tanto para apreciar la culpa y responsabilidad de Musto por el hecho ilícito del actuario Linares, es menester determinar la relación que vinculaba á ambos: si Linares en su calidad de actuario dependía de Musto; si existía en éste el deber de vigilarlo ó si lo eligió con poco acierto para el cargo;

Que Linares según contrato de f. 211 era arrendatario de Musto al tiempo de la comisión del hecho ilícito, arrendatario de un bien, de un derecho, el de percibir las sumas que se devengan por concepto de costas. Ese contrato es perfectamente legal desde que pueden ser arrendados todos los derechos con excepción de los estrictamente personales (artículos 1750, 1751 y 413 del Código Civil);

Que de las cláusulas del contrato de f. 211 surge la conclusión bien definida que no fué el pactado entre Musto y Linares un arrendamiento de obras, pues si lo hubiera sido aparecería Linares en calidad de locador prometiendo un servicio mediante un precio, y no en calidad de arrendatario obligado á pagar un precio por la cosa arrendada;

Que partiendo de esta base, es evidente que Musto no puede ser obligado á responder por los hechos ilícitos del ex actuario Linares, porque los arrendatarios no dependen de los arrendadores, ni están éstos obligados á vigilarlos ni pueden darles órdenes ó instrucciones para que obren de tal ó cual manera, ni responden en consecuencia de sus hechos ilícitos desde que ninguna ley les exige tal responsabilidad;

Que si siquiera es menester entrar á considerar si por ser Musto dueño de la escribanía tenía ó no el derecho de elegir quien lo desempeñara, y si aún á pesar de no haber elegido á Linares puede hacérsele responsable de esa elección, porque no basta elegir para ser obligado á

responder por los actos del elegido, sino que es menester elegir y además tener por lo menos el derecho de poder dar órdenes ó instrucciones al dependiente, porque es esta relación de dependencia la esencial para responsabilizar por hecho ajeno (artículo 1298 citado). Y si no es posible sostener, sin trastornar el orden establecido por reglas elementales de derecho público, que los actuarios dependan de los dueños de las escribanías, tengan que someterse á su dirección, á sus órdenes y á su vigilancia;

Que además es menester recordar que el citado artículo 1298 en que funda su derecho el actor se basa, como ya se ha dicho, en una presunción, y en consecuencia es de naturaleza excepcional y de interpretación estricta;

Considerando: que las acciones enunciadas fueron las únicas que se ejercieron en la reconvencción ó demanda deducida al contestar la tercera, por lo que en rigor á ellas solas debía limitarse esta resolución, porque las sentencias deben recaer sobre las cosas litigadas por las partes, con arreglo á las acciones deducidas, declarando el derecho de los litigantes (artículos 459, 289 números 3.º, 4.º y 5.º del Código de Procedimiento Civil);

Que no obstante, con posterioridad á la demanda se hizo mérito de otra acción, la que nace del encubrimiento de un delito que imponía al actor la prueba de estar comprendido el demandado en alguno de los casos especificados en el artículo 23 del Código Penal;

Que en el hecho de haber prestado don Juan P. Musto sumas de dinero á Linares, respondiendo á súplicas de éste y de sus amigos, para que cubriera los desfalcos, evitando el daño causado por el hecho ilícito del apoderamiento; en el de haberle exigido garantías más ó menos amplias por el préstamo; en la omisión de no haber Musto denunciado al ex actuario á la justicia criminal, cuando no estaba obligado á hacerlo, y haberse limitado á darnoticia al juez de quien el actuario dependía, de las irregularidades que iba advirtiendo cuando ingresó á la oficina en calidad de adjunto; en haberse hecho cargo de la actuaria y sus dependencias sin formalizar inventario, en ninguno de esos hechos puede verse los elementos esenciales que deben concurrir para constituir el encubrimiento legislado por el artículo 23 del Código Penal;

Y, atento á que el ejecutante denunció á sabiendas para el embargo bienes que no eran del deudor según resulta de los escritos de fs. 153, 163 y 183 (artículo 949 del Código de Procedimiento Civil);

Por estos fundamentos, fallo:

1.º Declarando procedente la tercera deducida por don Juan P. Musto y mandando en consecuencia levantar el embargo trabado en los autos ejecutivos.

2.º Absolviendo á la parte de Musto de la reconvencción á contrademanda.

3.º Condenando á la sucesión ejecutante al pago de las costas, costos, daños y perjuicios.

Ejecutoriada, cúmplase.

Montevideo, junio 9 de 1903.

Alfredo Furiol.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vista esta tercera de dominio iniciada por don Juan P. Musto en la ejecución seguida por la sucesión de don Matías Güelhenzú contra la Oficina Actuarial del Juzgado Letrado de lo Civil de 3.º turno y la contrade-

manda del ejecutante contra aquel tercerista, por devolución de las sumas entregadas en dicha Oficina al ex Actuario don Justo P. Linares; y venida á segunda instancia por los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la parte ejecutante contra la sentencia dictada á f. 590 por el señor Juez Letrado de lo Civil de 2.º turno,—

Por sus fundamentos, y

Considerando: que si bien la sucesión Güelhenzú inició ejecución contra la Oficina Actuarial del Juzgado Letrado de lo Civil de 3.º turno, como entidad jurídica, por la sentencia ejecutoriada dictada á f. 69 de estos autos se declaró que la parte ejecutada en el juicio lo era el ex Actuario Linares;

Que por la escritura testimoniada á f. 3 el tercerista adquirió la propiedad de la Escribanía del Juzgado Letrado de lo Civil de 3.º turno por compra hecha al doctor Federico Escalada y á don Justo P. Linares;

Que esa escritura prueba por sí sola que Musto es el dueño exclusivo de dicha Escribanía, pues como lo manifiesta el mismo ejecutante á fs. 464 vta. y 609, su parte jamás ha creído que aquella escritura fuera falsa, simulada ó fraudulenta;

Que desde que las sumas de dinero en cuestión fueron sustraídas por Linares, es éste quien debe responder de ellas y de los perjuicios causados á los interesados con su actitud dolosa (Código Civil, artículo 1293);

Que para que el tercerista fuera responsable de las sustracciones de dinero llevadas á cabo por Linares en virtud de lo dispuesto por el artículo 1298 del Código Civil y como lo pretende el ejecutante, sería necesario, ante todo, que cuando dicho Linares llevó á cabo tales actos se hubiera encontrado bajo la dependencia de Musto, porque aquella disposición legal establece que «hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que «no tiene bajo su dependencia» ó por las cosas de que uno se sirva ó están á su cuidado»;

Que cuando tuvieron lugar esos hechos, Linares no se encontraba en ninguna relación de dependencia con respecto á Musto, porque por escritura testimoniada á f. 211 consta que el segundo le había arrendado al primero en agosto de 1898 por el término de seis años la Escribanía del Juzgado Letrado de lo Civil de 3.º turno, procediendo así de acuerdo con el artículo 1751 del Código Civil;

Que en ese contrato de arrendamiento se establecieron los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, pero no se convino en que una de ellas quedaría en alguna forma bajo la dependencia de la otra, ni que las partes responderían solidariamente con relación á terceros de los actos personales de una de ellas;

Que la solidaridad no se presume jamás y por el contrario es indispensable que ella resulte inequívocamente de la convención, del testamento ó de la ley (Código Civil, artículo 1365); y que en este caso esa solidaridad no fué pactada en la convención, ni ha sido establecida por la ley;

Que la entidad «Oficina Actuarial» no es una persona jurídica y por consiguiente no es capaz de derechos y obligaciones (artículo 21 del Código Civil);

Que Linares no dependía ni podía depender en ninguna forma de Musto como consecuencia del contrato de f. 211, porque el arrendatario que ocupa la cosa arrendada no queda nunca bajo la dependencia ó autoridad del arrendador;

Que de quien dependía cuando delinquió era del Juez y que por consiguiente quien en todo caso sería responsable solidariamente de los delitos cometidos «con arreglo

al criterio del ejecutante», no sería Musto, que no colocó de Actuario á Linares, sino el Estado que lo puso allí por intermedio de la autoridad competente;

Que el Tribunal no tiene para qué pronunciarse sobre si el Estado responde ó no de los perjuicios causados por los delitos cometidos por Linares, porque el Estado no es el demandado en este pleito;

Que en las fechas en que le fueron entregadas al ex Actuario Linares las cantidades expresadas de fojas 98 á 112 de los autos sucesorios de don Matías Güelhenzú, Musto no era todavía Actuario adjunto del Juzgado de lo Civil de 3.º turno como consta á f. 303 de este expediente;

Que aún cuando Musto hubiese sido ya Adjunto en aquel Juzgado en las referidas fechas, no por eso tendría que responder de los actos personales de Linares con arreglo al citado artículo 1298 del Código Civil, porque en tal caso Musto estaría entonces bajo la dependencia de Linares y si bien éste podría en determinados casos ser responsable de los actos de su subordinado Musto, en cambio éste nunca podría serlo por los actos de su superior inmediato, pues según aquella disposición legal, si bien el superior puede responder de los actos del inferior, que está bajo su dependencia, el inferior nunca tiene que hacer lo mismo por los actos que lleve á cabo el superior;

Que el hecho de que Musto le prestara sumas de dinero á Linares para que cubriera los desfalcos y con lo cual no perjudicaba sino que beneficiaba á algunos interesados, no lo coloca en la condición de encubridor de delitos por que ese caso no está comprendido en ninguno de los enumerados en el artículo 23 del Código Penal que son los únicos que dan mérito á encubrimiento;

Que lo que procede, en virtud de los fundamentos ya expuestos, es que se levante el embargo trabado en la Escribanía de propiedad del tercerista como lo ha dispuesto la sentencia apelada;

Considerando, no obstante, que la sanción del artículo 949 del Código de Procedimiento Civil no le es aplicable al ejecutante porque él no ha designado maliciosamente un bien del tercerista para el embargo, pues si hizo tal designación fué sosteniendo que ese bien respondería por los actos delictuosos realizados por el ex Actuario Linares;

Que aún cuando al sostener tal cosa ha sostenido un error jurídico, no puede presumirse que su error no haya sido sincero y que por consiguiente falta en el caso la malicia que se requeriría para serle aplicable el citado artículo 949 del Código de Procedimiento Civil; y

Que en su consecuencia y no habiéndose justificado que el ejecutante haya litigado con ligereza culpable ni malicia temeraria, es de justicia que se revoque la sentencia de primera instancia en su última parte;

Se confirma la sentencia apelada en cuanto declara procedente la tercería deducida por Musto y lo absuelve á éste de la contrademanda, y se revoca en la parte que condena al ejecutante al pago de las costas, costos, daños y perjuicios.

Devuélvase.

Montero Paullier—Martínez—Piñeyro.

La nueva ley de condena condicional ^(a)

Significación y trascendencia

(Continuación)

Cuantos hablan de la institución denominada principalmente *condena condicional* distinguen, con relación á ella, cuando menos, dos tipos (hay quien admite tres, y hasta cuatro), que llaman, atendiendo sobre todo á su origen, americano y europeo. Pues bien, lo característico del primero de estos tipos (adoptado en todas las respectivas leyes norteamericanas y en las de Australia y otros territorios de Ocenía, y en gran proporción también en las leyes inglesas anteriores á la actual y en el Código Penal de Neuchâtel de 1891, artículo 339) consiste en que lo suspendido no es la sentencia, que no llega á ser pronunciada, sino el procedimiento persecutorio; de manera que al procesado ó acusado se le deja en libertad, sometido (ó no, como en Neuchâtel y en el sistema inglés antiguo) á una especial vigilancia y á prueba de ulterior buena conducta, sin que se le haya declarado culpable y responsable y sin que, por lo tanto, se le haya impuesto judicialmente una pena. Como haya motivos ó señales por donde se pueda presumir que no está del todo perdida la confianza en su posible enmienda y en un cambio favorable de su conducta, ni siquiera se hace caso de su aparente delito ya cometido y de su presunta culpabilidad. Con tal de que sea hombre que no ofrezca temor razonable para lo porvenir, se olvida y perdona lo ya hecho aunque ese olvido y perdón signifique (con todo perdón, indulto, amnistía, remisión ó gracia, ocurre cuando se refieren á sentencias ó resoluciones tenidas por justas) un inevitable agravio á la justicia que se dice retributiva.

No se han quedado atrás, en este respecto, los ingleses. Dejando á un lado lo ya dicho (nota número 3), de haber sido ellos, según algunos; los que primeramente hicieron uso de la suspensión del procedimiento penal dirigido contra los menores, es indudable que en Europa se adelantaron á los demás países, incluso Bélgica y Francia, en la publicación de leyes sobre la condena condicional, introduciéndola por cierto según el tipo americano (de suspensión del juicio de la condena) aunque con algunas limitaciones. ⁽²⁸⁾ Y no contenidos todavía con tener proclamada legalmente la tesis de la posible conciliación lícita entre la existencia de delitos y la impunidad, y hasta la no declaración de culpabilidad y responsabilidad de sus autores, han querido asentarla de manera más resuelta aún, y han dispuesto, en el artículo

(a) Ver números 8 y 9, año corriente.

(28) La de que la pena en cuestión no excediera de dos años de cárcel, y la de que el beneficio de la suspensión no pudiera ser aplicado más que á los procesados primarios ó no reincidentes. Sin embargo, no falta quien dice (el doctor K. Ignatius, de Helsingfors, por ejemplo, en un artículo sobre *La condena condicional en Inglaterra*, publicado en el tomo XXI, 1901, fasc. 5.º de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de von Liszt) que estas restricciones, derivadas de la ley de 1879 (*Summary Jurisdiction Act*) y de la de 1887 (*Probation of first offenders Act*), no son absolutas, pues el *Common law* no establece diferencias, para este efecto, entre la infracción ligera y el crimen grave, ni entre el delincuente primario y el reincidente.

lo (29) 1.º precisamente de su recentísima ley (cuya fecha se ha señalado más atrás) no sólo el abandono condicional del procedimiento y la condena, con la remisión consiguiente y el consiguiente olvido en el caso de que la condición suspensiva (de buena conducta ulterior) se cumpla, sino, lo que es más, en ciertos casos y con respecto á ciertos delinquentes (30), el abandono total desde luego de la persecución judicial, con el olvido y el perdón absoluto del delito perpetrado. (31)

El perdón, como sustitutivo de la pena, y por consiguiente la impunidad de los delinquentes que ahora no

(29) O sección, según su terminología.

(30) Ya se entenderá á todos: sentido el principio, que es siempre lo que más cuesta, no queda ya más que ampliando el número de los casos de su aplicación, camino por el que se marcha luego con facilidad y rapidez grandes. Recuérdese lo que pasa en tantas otras esferas legales.

(31) He aquí el texto del artículo de la ley inglesa aludida, sobre cuyos términos de redacción amplísima, no igualada, hasta ahora, por otra alguna de las existentes en los demás países, me permito llamar la atención de los lectores. Representa un avance muy considerable en el sentido de la sustitución de la pena castigo y retributiva, por el de las medidas y providencias preventivas, de carácter administrativo. Así que la apliquemos en el Continente, trasplantándola, como hemos ido trasplantando las que en Inglaterra se publicaron un cuarto de siglo hace (y que por cierto ahora ella abandona como viejas é inservibles, precisamente unos momentos antes de que nosotros, los españoles, las recojamos y nos vistamos con ellas, ostentándolas, y aún esto tímidamente, como una grande y atrevida novedad—¡qué fenómeno tan significativo, por lo sintomático! no es cierto?— cuando la trasplantamos, digo, y la apliquemos del lado acá del Canal de la Mancha, qué golpe no habrá recibido en toda Europa el sistema penal tenido generalmente por indefectible, y yo no sé si por sagrado? Muchos de los que hoy se asombran y se llevan las manos á la cabeza, tapándose los oídos para no oír las voces «demoleadoras» de los iconoclastas, están, sin quererlo ni saberlo, como M. Jourdain, ayudándose y facilitándose el camino. Cuando menos lo esperen, va á resultar que ellos también, creyendo huir de la prosa, jactán habiéndola!

«1.º Cuando una persona haya sido acusada ante un tribunal de jurisdicción sumaria (*summary jurisdiction*) á causa de una infracción (*offense*) que dicho tribunal haya de castigar, y el tribunal crea que la acusación está probada, pero sin embargo sea de opinión que, dados el carácter, antecedentes, edad, salud y condición mental de la persona acusada, ó la leve (*trivial*) naturaleza de la infracción, ó las atenuantes (*attenuating*) circunstancias en que ha sido cometida, sería desacertado imponer castigo alguno ó imponer más castigo que uno meramente nominal, ó que lo más acertado es dejar libre, aunque sometido á prueba (*on probation*), al reo, el tribunal sin pronunciar sentencia condenatoria, puede dictar una providencia (*order*) disponiendo una de estas cosas:

a) Desentenderse de la información ó acusación.

b) Dejar en libertad condicional al delincuente, enterándole de la obligación que tiene, ya con fianza ya sin ella, de observar buena conducta y de presentarse para juicio y sentencia cuando sea llamado al efecto, en cualquier tiempo, durante un período que determinará la providencia dicha, y que no puede exceder de tres años.

«2.º Cuando una persona haya sido, previa acusación, declarada convicta de un delito (*offense*) conminado con la pena de prisión, y el tribunal, teniendo en cuenta el carácter, antecedentes, edad, salud y condición mental de la persona acusada ó la levedad del delito, ó las atenuantes circunstancias en que ha sido cometido, crea que sería desacertado imponer castigo alguno ó imponer más castigo que uno meramente nominal, ó que lo más acertado es dejar libre, aunque sometido á prueba, al reo, en tal caso, el tribunal, en vez de dictar una sentencia condenándole á prisión, puede dictar una providencia dejando libre condicionalmente al delincuente, enterándole de la obligación que queda, ora con fianza ora sin ella, de observar buena conducta y de presentarse para sentencia cuando sea llamado al efecto, en cualquier tiempo, durante un período que determinará la providencia dicha, y que no puede exceder de tres años.

Un estudio conveniente de esta ley, aun sin tener en cuenta otras disposiciones de ella más que la que acabo de transcribir, daría materia sobrada para varios cursos, no sólo de Derecho penal, sino de psicología, de sociología, de política; cursos que no voy yo á dar ahora, aun cuando no por falta de deseos.

sabemos casi pasarnos sin castigar (32), es una cosa que se impone y un paso que se va á dar muy pronto. Hace ya más de veinte años que vienen presentándose proposiciones en este sentido en las Cámaras francesas (33); los escritores y penitenciaristas más calificados en este mismo país, se han pronunciado también por tal reforma (34), y sabido es que para dar la vuelta al mundo una institución, tiene muchísimo adelantado con que la haga suya Francia, el país considerado á menudo como el más cosmopolita de todos.

«La falta de eficacia que ofrecen para la corrección las penas que privan de la libertad por corto período de tiempo, es el fundamento de esta reforma, que en nuestro país aconseja también la condición deficiente de los establecimientos en que las condenas se cumplen». Así escribe el marqués de Figueroa, en el preámbulo que precede al proyecto de ley sobre condena condicional pre-

(32) Ya se comprenderá qué quiere decir el «casi».

(33) Ya en 1887, el senador Michaux, presentó al Senado una proposición de ley en que se concedía á los tribunales la facultad de conceder el perdón á ciertos delinquentes condenados como responsables de delitos, sustituyendo la pena con una reprobación. La Comisión nombrada en 1887 para preparar la revisión del Código Penal vigente introdujo tal reforma en el artículo 66 de su proyecto, pendiente aun de aprobación El diputado M. Morlot, haciendo suya una petición dirigida á la Cámara por el famoso «buen Juez» M. Magnaud, sometió á la Comisión de legislación criminal de la dicha Cámara una proposición, fecha de abril de 1900, en que se pedía fuese adicionado un artículo del Código Penal del 463, que trata de los efectos de las circunstancias atenuantes según la ley de 12 de mayo de 1863, y cuya redacción primitiva —de 1810, como es sabido—había sido ya modificada por la ley de 28 de abril de 1832, la primera que concede á los Jorados la facultad de otorgar las circunstancias atenuantes, en el sentido de reconocer á los jueces penales la facultad de perdonar los delitos. Rechazada en un principio esta proposición, bien pronto hubo de volver de su acuerdo la Comisión citada, merced á una propuesta de su presidente, M. Cruppi (Ministro actualmente en su país, y hombre de gran cultura y autoridad en asuntos penales y procesales), como consecuencia de lo cual fué retirado de la Cámara el informe de M. Perillier, desfavorable á la ley del perdón, y sustituido por otro de M. Morinaud (de noviembre de 1901), favorable á ella. Todavía más: si en el citado artículo 66 del proyecto de Código Penal subsiste la reprobación, y el tribunal que perdona, condena, sin embargo, antes al delincuente perdonado; y si con la proposición Morlot-Morinaud ocurre algo parecido, aun cuando parece que la reprobación con que se reemplaza la pena no es una pena á su vez; en otro proyecto del senador M. Bérenger (el autor mismo de la ley francesa sobre la condena condicional), presentado casi en la misma fecha que el de Morinaud (12 de noviembre de 1901), el perdón habrá de ser concedido sin necesidad de condena, de manera que no lo otorgará el tribunal que entienda de la causa en juicio oral y la sentencia, sino el juez instructor del sumario. Será un perdón condicional, pues si el perdonado comete otro delito en el plazo marcado, se abrirá de nuevo el antiguo proceso. Es un poco la admisión del último sistema inglés, de que hemos dado cuenta antes. Posteriormente (octubre de 1903), todavía ha insistido con otra proposición á la Cámara el diputado M. Morlot. No tardará, pues, en adquirir estado legal en Francia la institución del perdón (aunque condicional, luego vendrá el otro), sobre todo aprovechando el alientador precedente inglés de la ley del año pasado.

Si alguien observara que también nosotros tenemos la reprobación, considere que, además de estar considerada como una pena, del mismo carácter que todas las demás, el Código, que la admite en el libro primero (art. 26) y que dice cómo ha de ser ejecutada (art. 117), no se vuelve á acordar luego de ella, ni la impone en el libro segundo sino en uno ó dos casos, de manera que es una pena ociosa, igual que otras varias.

(34) V. principalmente: P. Cuche, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, París, 1905, §§ 80-82, págs. 231 y siguientes; *Revue pénitentiaire*, sobre todo el t. XXVI, 1902, donde se halla la discusión sostenida por la *Société générale des Prisons*, de la que es órgano, acerca de la proyectada ley del perdón; *Revue du droit public*, tomo XXVII, 1902, págs. 109 y siguientes; *Actes du Congrès pénitentiaire international de Paris*, de 1895, *rapports*, y discusiones sobre la cuestión 8.ª de la primera sección. V. también Majetti, *Il perdono giudiziale*, Roma, 1904; Pola, *Commento alla legge sulla condanna condizionale*, Turin, 1905, págs. 7 y siguientes; Leyret, *Las más famosas sentencias del buen juez Magnaud*, trad. esp., págs. 91 y siguientes, etc.

sentado por él á nuestras Cortes, y ya aprobado y promulgado, si bien con algunas alteraciones de su primitivo texto, como queda dicho.

Pues sigamos buscando la lógica y la congruencia. La condena condicional ha sido, efectivamente, uno de los medios (no el único, sí, hasta ahora, ⁽³⁵⁾ el predominante), que los escritores han preconizado y los legisladores adoptado para contrarrestar los nulos, cuando no contraproducentes efectos de las penas cortas de privación de libertad ⁽³⁶⁾. Mas se debe advertir desde luego que quienes ha hablado de la ineficacia aludida, no la han enlazado siempre con fines de corrección, según parece desprenderse de las primeras palabras transcritas del señor Armada Losada, sino también, á menudo con los intimidativos; y así podemos decir que hay acuerdo casi unánime, entre correccionalistas y no correccionalistas, en huir de las penas cortas de privación de libertad, por inútiles, y en buscar otros medios mejores con que reemplazarlas. Al cabo, no obstante, la diferencia de unos á otros, teniendo transcendencia para determinados efectos, se borra en cuanto á lo que ahora interesa: ya que lo mismo corregir que intimidar son, ambas, funciones teleológicas que persiguen un resultado futuro, en vista de cuya consecución tendrán, por consiguiente, que ser organizadas ⁽³⁷⁾. Adoptemos, pues, este punto de vista, sin discutirlo más por lo pronto.

(35) Pongo esta limitación, porque lo probable es que mañana no sea ya así, á juzgar por los indicios mencionados antes, al tratar del perdón como sustituto de la pena.

(36) Por eso ha empezado por aplicarse á aquellos delincuentes á quienes estas penas se imponen con mayor frecuencia y en los que se supone que ejercen los mismos efectos más contrarios á los de la corrección y la preservación, á saber: á los jóvenes. Por eso también hay países donde sólo á éstos se concede, hoy por hoy, aquélla: tal se ha visto que pasa desde 1905 en Holanda; tal ocurre igualmente en Austria, donde, con respecto á los delincuentes de catorce á diez y ocho años, cuando lo sean por primera vez y el hecho cometido no tenga señalada pena superior á tres meses de detención ó á 500 coronas de multa, el tribunal puede abstenerse de pronunciar la condena, dejando en libertad al reo, aunque previniéndole que, si reincidiera, no podrá esperar que el Tribunal sea indulgente con él.—En Pensylvania, una ley de 1903 facultó del mismo modo (en su artículo 2.º) á los Tribunales para no seguir proceso á los menores, cuando esta abstención sea considerada por aquéllos como más acertada que la persecución y la correspondiente pena. Y en Francia, parece que la práctica de conceder á los muchachos delincuentes la libertad provisional se remonta en París nada menos que á 1837, por obra de la *Société de patronage des jeunes délinquants et des jeunes libérés de la Seine*. Así resulta de un *rapport* reciente de su secretario general M. Christian de Corny. (V. la *Revue pénitentiaire*, t. XXXII, 1908, páginas 167 y siguientes).

(37) Como, por la índole de este escrito, me es imposible dar las debidas explicaciones sobre lo que apunto, para quedarlo suficientemente claro, indicaré lo que quiero decir. Es lo siguiente: que así cuando se persigue la corrección ó enmienda de los delincuentes, como cuando se va tras de su intimidación, nadie piensa ni puede pensar sino en los delincuentes posibles, en los de mañana, cuya caída se desea evitar, no en los delincuentes que han realizado ya sus delitos y en atención á éstos, como tales (si, como indicios, iguales á tantos otros, de probable conducta ulterior). Si corregir é intimidar son funciones que miran al porvenir, tienen el carácter de esfuerzos empleados para la consecución de determinados fines; y los medios de que al efecto se haga uso, ni son penas verdaderas, en el sentido anteriormente dicho, á saber, reacciones expiatorias, vindicativas ó retributivas, sino que son medidas de precaución y preservación, ni puede acomodarse á la gravedad del delito en sí y á la cuantía de la responsabilidad en que se suponga haya incurrido su autor; sino que habrán de proporcionarse al grado de necesidad que reclame el fin perseguido. De responsabilidad penal y de pena correspondiente á ella, no puede hablarse, creo, en rigor, más que dentro de la denominada teoría penal absoluta que sólo quiere el castigo de los delitos, acomodado á la entidad objetiva de ellos; las teorías penales relativas, al perseguir fines con la pena, la convierten en medio que tiene que medirse en atención á éstos, y la privan de su genuina naturaleza de *maius vindictae* y de *maius passionis* que se aplica exclusivamente *ob maius actionis*.

Si «la falta de eficacia que ofrecen para la corrección las penas que privan de libertad por corto período de tiempo es el fundamento de la reciente reforma, que en nuestro país aconseja también la condición deficiente de los establecimientos en que las condenas se cumplen», no faltarán bastantes personas á quienes, fijándose en el asunto, les ocurran muchas y muy fundadas dudas, respecto de las cuales, y singularmente de las más importantes, voy á decir unas cuantas palabras.

¿Acaso las penas han de ser eficaces para la corrección de los que las sufren? Pues entonces, quien establezca tal premisa habrá de aceptar el siguiente cúmulo de consecuencias:

1.ª La índole y aplicación de la pena habrán de quedar subordinadas á la eficacia correccional para la que deben servir.

2.ª Consiguientemente, todas las penas que no corrijan han de ser proscritas por inútiles, y, como inútiles, dañosas. No cabrá deshacerse tan sólo de unas, v. gr., las de privación de libertad por corto período de tiempo, y conservar las demás que no corrijan, como, por ejemplo, las de privación de libertad por períodos largos, ó las pecuniarias, ó las de otra especie. A menos que se deba admitir clases diferentes de penas, animalas de fines distintos: penas para castigar exclusivamente, aunque no corrijan ni intimiden; penas ejemplares ó intimidadoras; penas correccionales; penas puramente defensivas... lo que significaría lo mismo que darles diferente contenido, sustancia y naturaleza, y decir que en el respectivo concepto no hay unidad, sino que son varios los que de la pena es preciso dar, para referir á cada uno de ellos las determinaciones penales concretas que le pertenezcan, con exclusión de las restantes ⁽³⁸⁾.

3.ª La pena, por lo menos la correccional, si es que ha de haberlas de varia especie, tendrá que adaptarse al fin que con ella se persigue, y por lo mismo, subsistir indefinidamente mientras y hasta que se consiga reemplazarla por otra cuando se demuestre ser ineficaz, etc.

4.ª Si la corrección anhelada se logra sin pena, ya espontáneamente, por la fuerza misma de las cosas ó por la llamada *vis medicatrix*, que obra en lo moral como en lo puramente fisiológico, ó ya por el empleo de otros medios más suaves, más apropiados y eficaces, más económicos, que hagan aquélla innecesaria, habrá de prescindirse de ella. Fundada en la necesidad, ó en la eficacia—que dice el Ministro,—y no en el merecimiento (en la imputabilidad y responsabilidad), pasará con la pena lo que con todo remedio, medida ó providencia, una vez inexistente la enfermedad, peligro ó desvalimiento que se pretendía atender ó conjurar. De la propia manera, tan luego como se conozca la rebeldía ó resistencia del fin correccional ante la pena que lo persigue (convertida aquí en verdadero tratamiento), forzoso será abandonarla y echar mano de otras que sirvan mejor que ella.

Es de suponer que la «deficiencia» que el marqués de Figueroa echa de ver en la «condición de los establecimientos donde las condenas se cumplen en nuestro país» sea una deficiencia relacionada íntimamente con «la falta de eficacia para la corrección que acompañan á las

(38) Esto es, en verdad, lo que hacen, aun cuando expresamente no lo digan ni fijen su atención en ello, una multitud de gentes hoy; ofendiendo, claro es, la congruencia lógica del sistema que pretenden sostener como un todo unitario y coherentemente orgánico. Así sucede con cuantos admiten (como el citado Cuche, por ejemplo, von Liszt y otros penalistas) penas *educadoras*, ó bien digamos correccionales, y penas *reformativas*, también correccionales, y junto á ellas otras penas que son, según los casos, *intimidadoras* ó *eliminadoras*.

penas que privan de libertad por corto período de tiempo. Así lo hace presumir la inclusión de ambos motivos justificativos de la reforma en un mismo párrafo de la exposición que precede al proyecto de 31 de octubre de 1907, y á continuación precisamente el uno del otro, como reforzando el segundo al primero; y así, también, aquellas otras palabras del preámbulo puesto por el señor conde de Torreánaz á su proyecto de 1900, citado antes é invocado manifiestamente, como antecedente del suyo, por el señor Armada y Losada: «No se recomiendan nuestros establecimientos penitenciarios como escuelas de moralización y de virtudes».

Claro que «no se recomiendan» como tales, y claro también que su condición es «deficiente para corregir» á los reclusos en ellos. Esto lo sabe todo el mundo, ya por experiencia personal, ó como resultado de estudio directo mediante visitas *ad hoc*, ó por haber ejercido en ellos funciones directivas, de custodia ó análogas, ó ya por la lectura de Memorias y publicaciones múltiples que hablan de los mismos, y hasta por la lectura de la prensa diaria. Mas ¿acaso dice esto algo en contra de ellos, en el caso de que la pena deba ser tal pena, verdadera sanción y castigo impuesto en la proporción debida al que la merece por sus delitos y en atención á la responsabilidad originada de los mismos? De ser la pena, por su propia índole, un dolor que retribuye y compensa un mal, y no un medio de educación ó corrección, los lugares de pena deben ser lo que siempre han sido (primordialmente) y lo que la mayoría de las gentes quiere ver en ellos: lugares de padecimiento sistemático, adonde se manda, por la fuerza, á padecer, y sólo á padecer, á determinados individuos, por cuya conducta pasada (39) no merecen sino dolor y padecimiento. Para corregir, sí, para corregir son ineficaces los establecimientos en que las condenas (no todas: v. gr., el confinamiento y el destierro, pero sí la casi totalidad de ellas) se cumplen en España. Pero aquí se puede preguntar nuevamente: ¿Es lo mismo corregir que penar? La persecución de la corrección, para la que los establecimientos en que se cumplen condenas (40) no tienen «eficacia», ¿es lo que en ellos debe buscarse? Y si se encuentra incompatible esencialmente el castigar y el corregir á la vez—ideal (!) de muchos—¿cuál de las dos cosas deberá tener nuestras preferencias? De todas maneras, lo que de unos lugares de pena se dice habrá que aplicarlo también á los demás, y por consiguiente, si las penas cortas de privación de libertad deben dejar de ejecutarse y quedar remitidas, porque los establecimientos donde se cumplen «no se recomiendan como escuelas de moralización y de virtudes» y no tienen, por lo mismo, eficacia para la corrección de los penados, ¿cuál será la conducta que naturalmente habrá que seguir con respecto á las penas largas, en el caso de que también éstas resulten ineficaces para la corrección y de que los lugares en que se extinguen no sean más moralizadores que los otros ya mencionados? ¿Y habrá quien se atreva á sostener, desde este punto de vista, la superioridad de los presidios y prisiones aflictivas sobre las puramente correccionales y sobre las cárceles de partido? ¿No se van allá unas y otras, juntas, por lo demás, en un mismo edificio muchas veces y sometidas en todo á igual régimen?

Voy á lo que quizás es el nudo de la cuestión. Lo que se busca, de hecho, con la condena condicional es, sin duda, impedir la reincidencia. Si se tuviera seguridad de que los reos presentes no volverían á delinquir nunca, y hubiera fundamentos bastantes para tener en ellos la confianza que en los hombres que se llaman honrados ponemos, lo que nos parecería desde luego obligado sería otorgarles de un modo definitivo nuestro perdón y dejarlos por completo libres, sin los molestos estorbos (perjudiciales, al ser innecesarios) que la suspensión condicional de la condena ó del juicio lleva inevitablemente detrás de sí. Pero tal seguridad no existe; lo único que hay, especialmente en algunos casos, es una mera probabilidad de no recaída; y por tratarse de probabilidad y no de certeza, se hace necesario ver *a posteriori* si los temores se confirman, ó si, al revés, son infundados. De aquí que á los delincuentes en cuestión, cuya delincuencia en lo pasado no ofrece duda de ningún género, pero cuya delincuencia futura, en cambio, no es más que problemática, haya que tenerles sometidos á prueba, durante cierto período, para cerciorarse, *por su misma conducta*, de que los recelos y sospechas de que en adelante hubieran de seguir por los malos senderos emprendidos con su anterior ó sus anteriores delitos han quedado desvanecidos. Esta y no otra es, me parece á mí, la más escondida entraña de la condena condicional, la misma que encubren otras varias instituciones semejantes á ella, que también han hecho ya su aparición en las legislaciones (v. gr., la liberación ó libertad condicional, la sentencia indeterminada y otras). Por eso, algunas veces, la referida condena condicional se ha considerado, hasta legalmente, no como un todo sustantivo y aislado, sino como parte de un mucho más amplio sistema de política criminal: este es su sitio, por ejemplo, en las leyes holandesas de protección á la infancia, ya citadas, y éste lo era también en la proposición ó proyecto que, *para prevenir la reincidencia*, presentó al parlamento italiano el diputado Luis Lucchini, magistrado del Tribunal Supremo de su país, antiguo profesor de Derecho Penal y uno de los penalistas de mayor reputación en la Italia contemporánea. Si las penas cortas de privación de libertad son las que han servido de ocasión más inmediata al nacimiento de la condena condicional, el fenómeno ha sido debido exclusivamente á que: a) por ser las más breves, son también aquellas en que la reincidencia se presenta más frecuentemente (41) y donde es más fácil y visible, ya que la misma extensión de las penas largas dificulta la posible extinción sucesiva de muchas de ellas; b) el sentimiento de la necesaria retribución penal queda menos lastimado cuando se dejan de aplicar penas cortas y leves que cuando se dejan de aplicar las largas y más graves.

Resulta, pues, de manera, á mi ver, indudable que el uso de la condena condicional, como medio que tiende á evitar la reincidencia de quien ya alguna vez ha delinquido, presupone un cambio total y profundo de los criterios penales. Se deja á un lado el tradicional del deli-

(39) La futura no se puede retribuir ni castigar: por eso he dicho que la pena (cuando lo sea verdaderamente, y no medida preventiva), igual que la responsabilidad en que se funda y de la que es cumplimiento, no puede mirar sino atrás en tanto que la corrección mira indefectiblemente adelante.

(40) Ya estas dos palabras: «condena» y «corrección», supuesto necesario de la segunda la primera, me parece que se repelen.

(41) Es cosa notada por todos los penalistas, y registrada miles de veces en estadísticas de todo género, esta de la repetición constante de los delitos que tienen señalada penalidad leve, habiendo sujetos cuyas condenas llegan á centenas ó medias centenas, y cuya vida parece una aplicación de los conocidos versos camposamorianos:

Pecar, hacer penitencia,
y luego, vuelta á empezar.

to cometido, con sus acompañantes de responsabilidad y gravedad objetiva ó subjetiva, para reemplazarlo por el del *peligro* que los delinquentes en potencia han de representar. Lo que preocupa al legislador, al juez y al jurista ó sociólogo de la condena condicional no son los que *ya* han sido delinquentes, sino *los que pueden volver á serlo*; de manera análoga como al higienista le preocupa la morbilidad de un pueblo con preferencia á su mortalidad, la cual, ya inevitable, sólo puede servir como indicio guiador para prevenir cuanto sea posible la mortalidad de mañana.

Véase á dónde estas observaciones nos llevan. Nos llevan, me parece á mí, á considerar aplicable la condena condicional á *todos los delinquentes*, ó más bien, á no rehusársela desde luego y en principio á ninguno, como lo hace nuestra ley (artículos 2.º y 3.º), siguiendo, como en tantas cosas más, el ejemplo de otras, aun cuando no el de todas ni el de las mejores, conforme veremos pronto. Si el enfermo, por apurado que esté y recaídas que tenga, no es aún cadáver, y no puede ser contado en la cifra de las defunciones, sino en la de los en peligro mayor ó menor, pudiendo siempre, mientras esté vivo, conseguir su restablecimiento y curación, como de ello se ven casos abundantes (incluso de los previamente desahuciados por la pretendida *Ciencia*), así también el delincuente, por grave que haya sido su delito y por muchos que sean los por él cometidos hasta ahora, está siempre en la posibilidad de dejar de serlo y de no reincidir. Jamás está perdida con respecto á él la esperanza y la confianza, tanto menos mayor cuanto vaya siendo el arsenal de recursos (como pasa en la Medicina) de que los hombres puedan y sepan echar mano para rescatarlo. Muchos de los tenidos ayer por incurables no lo son ya hoy; igual acontece en las enfermedades corporales que en las espirituales.

Verdad, que el delincuente primario, autor de un delito objetivamente leve, parece (como el enfermo en condiciones análogas) más fácilmente rescatable y más de fiar, *coeteris paribus*, con respecto á su conducta futura, que no el reincidente y el autor de hechos delictuosos de mucha gravedad. Pero esta regla no debemos tenerla por rigurosamente fija; debe más bien ser considerada como una presunción *juris tantum*. Pues habrá, efectivamente, delinquentes primarios (real, ó sólo legal y judicialmente) más peligrosos, más refractarios á la enmienda y menos de fiar que muchos reincidentes (hasta varias veces, lo mismo en delitos contra las personas, que en hurto—v. g., *carteristas* y *tomadores*), aún condenados por graves delitos; y á no pocos de éstos se les podría otorgar la suspensión condicional de la condena con mayor razón y mayores probabilidades de buen éxito que á algunos primarios ó condenados á penas más ó menos relativamente minúsculas.

Por eso, á diferencia de casi todas las demás leyes sobre condena condicional vigentes en Europa (puede citarse, en cierto modo, como excepción la de Noruega), en las que, aparte otras condiciones, se exige (como lo hace también la nuestra) que los delinquentes á quienes el beneficio se haya de otorgar no sean reincidentes, la última ley inglesa no es ya, como lo era la antigua de 1887, una ley sólo relativa á los delinquentes *primarios* (*first offenders*), sino una ley para poder someter á prueba á *todos los delinquentes*, dejándolos en libertad (*to permit the release on probation of offenders in certain cases*). Y por eso también, conforme hemos visto, se autoriza á los tribunales para aplicar los beneficios de dicha ley á *cualquier persona* (*any person*) acusada ó convicta de ciertos hechos punibles, sin más que atender á

las circunstancias que asimismo dejamos mencionadas, y á las cuales tendremos que referirnos luego nuevamente.

Debiendo los jueces preocuparse, en vista de la orientación indicada, á la que responde la condena condicional, de prevenir la reincidencia por los mejores medios posibles, lo que ante todo y principalmente les interesa es conocer el estado psíquico permanente de los sujetos, su «potencial de criminalidad», que dicen con razón algunos. Un delito, y aun varios delitos, pueden ser hechos aislados en la vida de un hombre, hechos discordantes del carácter fundamental del mismo; es lo que pasa también con las imbecilidades y locuras (¿quién no ha cometido alguna vez alguna, por sensato y razonable que sea ó pretenda ser?), con los raptos de ira, de amor, de celos, de venganza, etc., de los cuales no está nadie libre en absoluto. De aquí que juzgar de la conducta del prójimo por un solo acto, y calificar por tal manera resueltamente el grado de confianza que para lo futuro quepa poner en él, parece una verdadera ligereza, expuestísima á error. Esto es, sin embargo, lo que viene á hacerse cuando se determina que la condena condicional sólo será otorgada á los delinquentes primarios y no á los reincidentes. El estado psíquico permanente de estos últimos, conocido por cuantos medios sea posible utilizar (antecedentes, comportamiento general, móviles, sentimientos, carácter), y no sólo por el signo único de los delitos forenses realizados, puede ser muy de fiar, porque aquel estado es la raíz constante de las acciones, y siendo bueno el fondo en que éstas germinan, lo regular será que ellas también sean buenas, aunque por excepción alguna vez (pues aun los justos pecan) se deslice, entre la serie del obrar ordenado y cabal, algún desfallecimiento ó errata.

En suma, pues, cuando de lo que se trata no es de castigar, retribuyéndolo, un delito ya cometido, mirado en sí mismo, como hecho aparte de todo el conjunto llamado conducta ó comportamiento de un hombre, sino de preservarse contra las recaídas de quien ya ha tropezado alguna vez, los cálculos de donde han de provenir nuestras previsiones, para aproximarse lo más posible á la exactitud, han de apoyarse en el mayor número de datos ó indicios, en vez de hacerlo en uno solo.

Cuando la conducta posterior del sometido á prueba no responda á las esperanzas cifradas en él, parece clarísimo decir que los cálculos, aun creyéndolos en su día bien fundados, han venido á resultar fallidos. Las providencias adoptadas en vista de ellos deberán sufrir modificación. No cumplida la condición de que dependía la libertad del liberado condicionalmente, será preciso adoptar otra determinación que sea más eficaz para el fin que se prosigue de corrección y prevención de la reincidencia.

Pero aquí entra lo que alguien llamará solución ilógica y rara. Nuestra ley, de acuerdo con las de otros países (incluso la última de Inglaterra, que en esto no ha introducido, como debía quizá haberlo hecho, innovación alguna, quién sabe si por no faltar al prudente consejo contenido en el aforismo *chi va piano va lontano*); nuestra ley, digo, dispone (artículo 14) que al reo sometido á la condena condicional se le aplique la pena suspendida, además de otra nueva, cuando sin haber expirado el período de la suspensión, fuere condenado por otro delito, ó hubiere cometido uno por el que se le condenare después de aquel período, salvo el caso de

prescripción. Es un poco aquello de *al que no quiere aldo, tres taxas*. Pues, en efecto, para prevenirse de la reincidencia, huyendo de las penas cortas de privación de libertad, que la favorecen, y de los establecimientos en que las mismas se cumplen, establecimientos «de condición deficiente» y que «no se recomiendan como escuelas de moralización y de virtudes», se trata de evitar el ingreso en ellos de ciertos condenados; y cuando el remedio utilizado para tal fin no lo cumple, en vez de acudir á otro, al que acompañase la eficacia salvadora de que él carece, se acude precisamente á aquel otro que de entemano se ha desechado por deletéreo y dañoso, y se refuerza la dosis del mismo. La «salida», sobre presentar las apariencias de una injusticia verdadera (42), viene á resultar chusca inclusive.

Y es siempre la falta de congruencia en las concepciones la causa de semejantes fenómenos. Se va tras el resorte de la corrección, resorte inteligente y preventivo, incompatible con el de la ciega represión retributiva é intimidadora de que se quiere abominar, y no dando con él—verdaderamente, por no buscarlo,—se cierran los ojos y se deja que funcione automáticamente aquel otro cuyo funcionamiento se había dejado en suspenso. Por eso, en justificación de tal conducta, dice nuestro ministro: «No se borra el delito (43), no se extingue la responsabilidad; es una parcial remisión, perdón que autoriza la ley, y que en tanto obra en cuanto la condición suspensiva subsiste. *Reaparecerá*, pues, la aplicación de condena tan pronto como cese de obrar eficazmente su temor...»

Poco á poco, sin embargo, se va reconociendo que no es posible seguir de esta manera. De voluntades débiles, como las de los delincuentes, débiles por esto ó por lo de más allá, no hay derecho á esperar que se conduz-

(42) Según los mismos conceptos corrientes de la justicia atributiva. De hecho, el legislador habla de este modo: «Nosotros los órganos del Estado, que estamos puestos para hacer justicia, nos hemos equivocado en nuestras previsiones adoptando medidas inconvenientes. Pero no la improvisación (que supone impericia, y por lo tanto, culpa, ya que no dolo, pues tan grave ó lata puede ser aquella, que *dolo equiparetur*) va á tener consecuencias desagradables para nosotros, sino para otras personas que no han tenido en ella arte ni parte, ni los errores por nosotros cometidos van á entrar en vías de corrección. No; lo único que vamos á hacer es á insistir nuevamente en los antiguos, cuya necesidad reconocida de evitarlos nos ha traído á la comisión de estos otros.

El caso este se está repitiendo constantemente con relación á la reincidencia. Siempre que á los criminales reincidentes se les agrava la penalidad, no por nada sino meramente por ser reincidentes, el Estado hace recaer los efectos penales (retributivos) de su propia torpeza sobre las víctimas de la misma. El lobo se come al cordero que lo ha enturbiado el agua del río, ¡bobiendo más abajo que él!

(43) No se borra, ni aún después de salvado victoriosamente el período de la prueba; de suerte que el condenado una vez que, pasado el plazo de la primera suspensión de condena delinca nuevamente, ni podrá obtener una suspensión ulterior (y entrará en los establecimientos de condición deficiente, que «no se recomiendan como escuelas de moralización y de virtudes»), ni dejará de ser penado por su nuevo delito, con la agravante de reincidencia. Esto es otro defecto de la ley, porque implica un nuevo obstáculo á la posible reintegración moral de los delincuentes, que es lo que la misma parece que persigue. Mejor que el que ella adopta, es por eso el sistema de aquellas otras, como la belga, que dan «por no imputadas» la pena suspendida, y el reo queda sin antecedentes penales, cuando en el período de la prueba no ha sido más veces penado. Lo mismo disponía también el párrafo 2.º, art. 84, del citado proyecto de Código Penal del señor Montilla y Adán (1902), superior, por lo tanto, en este respecto (como también por su sobriedad y algunas otras particularidades) á la ley ya vigente.

can con una fortaleza que no tienen, y de cuya falta es una prueba el mismo delito ejecutado. Dejar en situación de abandono, para que se regeneren y recobren por su propio esfuerzo y labor, á los que ya alguna vez han caído, sin tenderles el menor cable que les ayude á levantarse, no parece muy acertado. El canijo ó torpe no puede tornarse en vigoroso y avisado por arte de ensalmo ó encantamiento, que es en suma lo que presupone la condena condicional en su tipo europeo clásico, bajo el cual la hemos adoptado nosotros. Si se le quiere transformar, es preciso poner los medios, es preciso encargarse de ofrecerle los más adecuados para que teniendo á mano los tome y se los asimile. Es preciso, pues, no sólo renunciar á la ejecución de las penas, en cuanto tales, sino sustituirlas con una verdadera tutela correccional.

(Continuara)

P. DORADO,

Colaborador de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid

Crónica

Algunos casos de Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación de Buenos Aires

DEFRAUDACIÓN

Si no hay prueba escrita de las entregas de dinero que expresa la denuncia, y, como se dice, esas entregas son mayores de doscientos pesos, dicha prueba era indispensable para justificar el acto jurídico de que depende el delito.

Si con la declaración de dos testigos, el procesado no podía ser condenado á la devolución de esas sumas en juicio civil, es imposible condenarlo en juicio criminal, no sólo al pago de esas cantidades, sino á sufrir también una pena.

(Cám. Crim.; Bol. Jud., N.º 3436).

COBRO DE SEGUROS

No debe hacerse lugar á diligencias de prueba solidadas fuera del término probatorio, si los hechos á que aquéllas se refieren no tienen relación con el pleito. Tampoco debe hacerse lugar á la pretensión de una de las partes, de probar que no ha existido un hecho alegado extemporáneamente por su adversario.

La firma y la entrega de la póliza con indicaciones precisas de la fecha en que el seguro comienza y termina, supone la efectividad del pago de la prima del seguro, máxime cuando la prima debía pagarse en una sola cuota.

No merecen completa fe los libros de una compañía, que han estado atrasados varios meses y en los cuales se ha omitido anotar diversos pagos.

Habiendo el asegurado cumplido las obligaciones que le imponían los distintos artículos de la póliza, en la forma que le fuera exigida; y estando reconocido que el incendio fué casual, la compañía aseguradora debe pagar los daños causados por el incendio.

No existiendo prueba legal sobre el valor del daño, y si sobre el hecho de haberse producido, corresponde ser determinado por juramento del asegurado, dentro de la suma que fije el tribunal. Los intereses debe pagarlos la compañía vencida, desde el día de la demanda.

(Cám. Merc., Bol. Jud., N.º 3439).

REPRESENTACIÓN DE NIETOS NATURALES

El nieto, sea legítimo ó natural, sólo puede heredar á sus abuelos por el derecho de representación; pero, respecto del segundo, hay que distinguir según que se trate de un hijo natural de un hijo legítimo del causante, ó de un hijo legítimo de hijo natural, pues sólo éste último puede invocar el derecho de representación.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3441).

BOLETOS DE COMPRAVENTA DE BIENES RAÍCES

El hecho de demandarse por el comprador la escrituración de una finca en cumplimiento de lo convenido en el boleto de compraventa, comporta necesariamente el del cumplimiento de las obligaciones por él atribuidas al demandante, como ser la de pagar el precio convenido, del cual ya se ha entregado una parte.

Cualesquiera que sean las deficiencias del referido boleto, los defectos quedan cubiertos con la intervención directa del vendedor (fallecido ya en los momentos de la demanda) para la escrituración del convenio celebrado; todo lo cual consta del testimonio del escribano, que en el caso *sub judice*, es decisivo por su calidad de depositario de la fe pública.)

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3442).

OBLIGACIONES

Las obligaciones que sólo se fundan en la equidad, no confieren acción en juicio.

Si el demandado, al contestar la demanda, se limitó á manifestar que ignoraba si la firma del instrumento de la cesión era auténtica, guardando completo silencio acerca de la existencia del derecho cedido, dicho silencio debe ser interpretado como un reconocimiento tácito de la existencia del crédito en cuestión, desde que la ley procesal impone al demandado la obligación de confesar ó negar categóricamente los hechos alegados en la demanda. No es permitido postergar esta manifestación, sino cuando se oponen excepciones dilatorias.

Cuando ambas partes entablaron el recurso de apelación, las costas de segunda instancia deben abonarse en el orden causado.

(Cám. Com.; Bol. Jud., N.º 3443).

JUICIOS SUCESORIOS

El acreedor del cónyuge fallecido, tiene derecho para iniciar su juicio sucesorio, sin necesidad de justificar previamente el crédito respectivo, y debe desecharse toda objeción á tal derecho, cuando el crédito está plenamente justificado.

La parte que no ha usado de su derecho y el de sus hijos, mostrándose parte en el juicio respectivo á pesar de haber sido citada en forma, carece de todo derecho para ejercitar la acción de nulidad, que no puede fundarse únicamente en la negligencia del que la deduce.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3444).

IMPROCEDENCIA DE ESCRITURACIÓN

Cuando el documento á que las partes llaman boleto provisorio de compraventa, se conviene que en un plazo determinado se extenderá un boleto en forma ante escribano público, para establecer las condiciones en que el contrato deba escriturarse, como asimismo las relativas á la forma y modo del pago del precio, cosas ambas que deben ser previamente acordadas entre los contratantes, es improcedente la demanda instaurada, para obtener la escrituración del documento citado, por tratarse de obligaciones contraídas en forma tal que resultan de imposible cumplimiento legal.

(Cám. Civ.; Bol. Jud., N.º 3445).

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 10--AÑO XV

ACCIÓN PARA RECOBRAR LA POSESIÓN.—¿Procede la acción para recobrar la posesión por simple privación injusta, sin que exista violencia ni clandestinidad?, por el doctor Héctor Miranda, pág. 145.

JURISPRUDENCIA:

Es procedente la acumulación de procesos cuando siguiéndose á una persona dos juicios, uno del fuero militar y otro del ordinario, se ha sentenciado en el primero y siguen los procedimientos en el segundo, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 762 y 1153 del Código Militar y del artículo 282 del Código de Instrucción Criminal, pág. 148.

No procede el embargo de la propiedad particular de una Escribanía Actuarial, que ha sido objeto de un arrendamiento, para responder á la ejecución entablada contra el arrendatario por apropiación indebida de sumas entregadas en la oficina. La calidad de arrendatario de la Escribanía no coloca á éste bajo la dependencia del propietario arrendador, no siendo aplicable, por consiguiente, el artículo 1298 del Código Civil; y no pudiendo tampoco considerarse como persona jurídica á la entidad «Oficina Actuarial» (artículo 21 del Código Civil). No existiendo pacto expreso que establezca la solidaridad de las partes en la responsabilidad respecto de terceros por los hechos personales de uno de ellos (artículo 1365 del Código Civil), el arrendatario de la oficina es el único responsable de los desfalcos en ella ocurridos, pág. 151.

LA NUEVA LEY DE CONDENA CONDICIONAL.—Significación y trascendencia, por P. Dorado, pág. 154.

CRÓNICA.—Algunos casos de Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación de Buenos Aires:

Defraudación, pág. 159.

Cobro de seguros, pág. 159.

Representación de nietos naturales, pág. 160.

Boletos de compraventa de bienes raíces, pág. 160.

Obligaciones, pág. 160.

Juicios sucesorios, pág. 160.

Improcedencia de escrituración, pág. 160.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardoso Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribardi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guíllot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernin, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tigó, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williamson, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE FEBRERO DE 1909

NUMERO 11

Estudio sobre la retroactividad de la condición⁽¹⁾

FOR M. AMEDÉE LELOUTRE

(Encargado de las conferencias en la Facultad de Derecho de Caen)

Todas las cuestiones que tocan de cerca ó de lejos al acto jurídico condicional, han tomado en nuestros días una importancia mayor en razón del empleo más y más frecuente de la condición en las relaciones jurídicas de toda clase, civiles, industriales ó comerciales. Ya no es el tiempo en que, para dar ejemplos en apoyo de sus demostraciones, los juristas se veían obligados á repetir-se y recordar el *si navis ex Asia venerit* de los antiguos romanos. Todo contrato sinalagmático encierra hoy una condición resolutoria subentendida, y no hay comerciante ó industrial, y aún simple particular, que en sus contratos no inserte alguna cláusula que considere ciertas eventualidades que han de modificar, llegado el caso, sus propias obligaciones. Esto entra en los hábitos modernos de previsión y en la necesidad más y más apremiante de seguridad que parecen experimentar los que

tienen que tratar negocios. Para ponerse á cubierto contra ciertos riesgos, no se contrae una obligación sino bajo condición. De aquí el uso muy generalizado del acto jurídico condicional, y de aquí también la necesidad de estudiar con cuidado las reglas á que está sometido.

Entre las dificultades que puede suscitar un acto semejante, una de las más conocidas es la relativa al efecto que conviene atribuir á la condición, una vez cumplida.

En efecto, cuando la condición era suspensiva, ¿no hay que considerar que el acto condicional estaba ya casi formado, aún antes de que se realizara la condición, y que por consiguiente debe reputarse que ha existido siempre? Á la inversa, cuando se trata de una condición resolutoria, ¿no hay que decir que la resolución remontará en el pasado, de suerte que el acto se considerará anulado aun en cuanto al tiempo que ha precedido á la llegada de la condición? El interés que suscitan estas diversas cuestiones llamadas de la retroactividad de la condición se presenta muy á menudo como considerable. Es que en efecto, si la condición se retracta, el propietario que tenía la cosa sólo condicionalmente, se reputará que no ha sido nunca propietario. Y suponiendo aún que se admita que puede conservar los frutos percibidos *pendente conditione*, ó que los actos de administración que ha podido ejecutar serán válidos, en cambio hay que decidir necesariamente que todas las enajenaciones ó constituciones de derechos reales consentidas por él se desvanecerán como emanadas de una persona que, no sien-

(1) De la «Revista de Derecho y Jurisprudencia», de Santiago de Chile,

do propietario, no tenía calidad para disponer de la cosa. Habría, pues, en definitiva un gran interés práctico en resolver la cuestión de la retroactividad.

El dominio de esta cuestión parece á primera vista muy fácil de delimitar, y sin embargo, hay un cierto número de actos á propósito de los cuales podría creerse que se presenta, porque son por lo menos en apariencia condicionales, y respecto á los cuales, sin embargo, la opinión casi general es que no hay que preocuparse de ellos. Sucede á veces que se encuentran dos personas que desearían celebrar un contrato puro y simple, pero no pueden hacerlo porque faltaría necesariamente un elemento esencial. Por ejemplo, un accionista quiere vender las acciones que ha de emitir la sociedad. No puede hacer una venta pura y simple, que sería nula por falta de objeto, porque las acciones no se han emitido todavía. En estas circunstancias las partes se contentan con hacer un acto subordinado á la existencia futura é incierta del elemento ausente. Así el accionista hace la venta bajo la condición de que la sociedad haga la emisión. Así también, es un comprador que no ha tomado una resolución sobre la compra de un inmueble. El quisiera que el vendedor estuviera obligado, pero que él mismo permaneciera libre durante un cierto tiempo para hacer ó no hacer la compra. Podrá recurrir á la forma de la promesa de venta, y tratar bajo la condición de que la venta sólo tenga lugar si él la ratifica en un cierto plazo. Aquí es la adhesión del comprador lo que en cierta manera se pone como condición. En todas estas hipótesis en que la eventualidad versa sobre un elemento esencial, muchos autores se niegan á admitir que se trate de un acto condicional, y, sin negar, por otra parte, la validez de la operación, sostienen que no hay más que un acto *sui generis*. Pero suponiendo que un acto semejante pueda, sin embargo, considerarse como afectado de una condición, hay que admitir necesariamente que la condición no se retrotrae, porque un acto no ha podido nunca producir efecto antes de la época en que ha reunido sus elementos esenciales. Si, pues, la cuestión de la retroactividad se presenta en estos diversos contratos, su solución no parece ofrecer ninguna dificultad.

Algunos autores han creído todavía que esta cuestión podía presentarse aún en ausencia de todo acto jurídico. Por ejemplo, el beneficiario actual de una pensión alimenticia habría sido una especie de acreedor condicional hasta el día de la apertura definitiva de su derecho. Y si la condición se retrotrae, podría hacer valer su título legal, aún contra los herederos de los parientes que han muerto antes, porque en virtud de la ficción de retroactividad, el crédito habría podido transmitirse desde el punto de vista pasivo. Del mismo modo todavía, á propósito de nacionalidad, es corriente decir que el individuo nacido en Francia de padres extranjeros, es francés bajo la condición suspensiva de que á la edad de 21 años esté todavía domiciliado en Francia, y se parte de esta afirmación para sostener que, cumplida la condición, se reputará haber beneficiado siempre de la calidad de francés. Que la condición, cuya existencia no parece concebirse fuera del acto jurídico en que se ha insertado por la voluntad de las partes, haya podido extenderse y difundirse de esta suerte, es un hecho que se explica muy fácilmente. Hay derechos que nacen de la ley en razón de ciertas circunstancias particulares. Como estas circunstancias sólo se producen sucesivamente, se ha llevado naturalmente á considerar el derecho como mantenido en suspenso, y por consiguiente como condicional, hasta que se haya realizado enteramente la situación prevista por el legislador. Suponiendo que un lenguaje semejante no tenga nada de

exagerado, habrá lugar á preguntarse si la condición así entendida puede producir un efecto retroactivo. Pero la respuesta es sencilla. Un derecho no puede nunca remontar á una época anterior á la que la ley misma ha fijado para su nacimiento. Si, pues, se promueve la cuestión de la retroactividad, en lo que concierne á todos estos derechos nacidos de la ley, no puede haber duda sobre su solución.

No parece que los juristas romanos se hayan preguntado nunca si esta cuestión tenía la doble extensión que se ha tentado darle en nuestros días. Aún relativamente al acto en que se ha insertado una condición cualquiera por las partes, puede dudarse que se la haya puesto nunca en términos precisos. Pero de las decisiones esparcidas en que descansa en general su pensamiento, se desprende para la época clásica la solución muy clara que tenían costumbre de darle. Consideraban entonces, en la hipótesis de una venta bajo condición resolutoria, sobre la cual razonaban siempre de preferencia, que la propiedad transmitida al adquirente no se desvanecía entre sus manos por el efecto de la resolución. Para ellos, en efecto, la traslación de la propiedad se distingue claramente del contrato que ha podido servirle de causa. Este puede resolverse. Poco importa. La propiedad transmitida por emancipación, *in iure cessio*, tradición, no permanece menos por eso en el comprador ó en los terceros que han podido después adquirirla. Sólo queda al vendedor la acción personal nacida del contrato, que no podrá intentar más que contra el comprador, su causa-habiente. El derecho romano clásico, no admite, pues, la retroactividad de la condición.

Esta regla aparece al contrario en el antiguo derecho francés, y jocosamente singular, si se trata de darse cuenta de los motivos que han llevado á los autores á adoptarla, parece que han sido decididos á ello por una pura interpretación de los textos romanos de la época clásica. Se encuentra en efecto un texto en que el jurista Pablo declara á propósito de una obligación condicional cuya condición se ha cumplido después de la muerte del deudor: *«Heredes obligatos esse quasi jam con tracta emptione in preteritum»*.⁽¹⁾ Nada más fácil de explicar que este texto. El derecho condicional, aún antes de la llegada de la condición, tiene ya una cierta existencia. Es, pues, transmisible tanto desde el punto de vista activo como desde el punto de vista pasivo. La solución indicada en el texto se explica, pues, sin que sea necesario en manera alguna acudir á la idea de que la condición tendría un efecto retroactivo, y si el jurista romano parece hacer remontar el contrato en el pasado, no es más que una imagen de que se sirve para expresar mejor su pensamiento. Pero en el antiguo derecho el texto ha sido tomado á la letra. Lo que no era más que una metáfora, ha sido interpretado como la fórmula clara de un principio jurídico cierto, y la mayor parte de los autores han decidido que si el derecho del acreedor era transmisible tanto desde el punto de vista pasivo como desde el punto de vista activo, no era más que por aplicación de una regla más general, según la cual, una vez cumplida la condición, este derecho se reputa haber existido siempre pura y simplemente. Así es como Pothier, después de haber sentado la regla de la retroactividad, deduce de ella que puede suceder en un derecho condicional.⁽²⁾ Y por un fenómeno de supervivencia, por lo demás muy

(1) V. D. Libro 18, tit. VI, Ley 8, ps.

(2) V. Pothier, *Traité des Obligations*, tit. I, núm. 220.

frecuente en derecho, el Código Civil, en el artículo 1179, se expresa en términos casi idénticos. Después de haber formulado el principio del efecto retroactivo, agrega: «Si el acreedor ha muerto antes del cumplimiento de la condición, sus derechos pasan á su heredero». Se sigue de esta manera claramente la influencia del texto de Pablo. No es menos cierto que lo que no era en el espíritu del juriconsulto más que una manera de hablar, ha llegado á ser, á consecuencia de una falsa interpretación, una regla importante del antiguo derecho y más tarde del Código Civil.

Se comprende fácilmente que un principio de derecho que ha aparecido así en el curso del siglo último como nacido de un error histórico, haya sido sometido pronto á una crítica severa. De este examen ha salido una teoría que rechaza muy claramente la retroactividad de la condición. Sin desconocer que *pendente conditione* el acreedor posee ya un cierto derecho del cual puede por lo demás disponer y en el cual le suceden sus herederos, se afirma que el contrato no nace sino el día de la llegada de la condición. Así, pues, por lo menos entre las partes contratantes, la situación debe reglarse sin que sea posible poner en cuestión los hechos que han podido producirse *pendente conditione*. El vendedor, por ejemplo, adquiere definitivamente los frutos percibidos. Sin embargo, en lo que concierne á los terceros que han tratado *pendente conditione*, si parece que sus derechos deben mantenerse, puesto que lo que ha pasado durante este período parece que debe ser definitivo, se encuentra sin embargo un partido disidente, formado por autores considerables, que sostienen que el propietario cuyo derecho debía desvanecerse por la llegada de la condición, no ha podido él mismo conceder á los terceros más que derechos solubles, y que por consiguiente, estos terceros son alcanzados por el efecto de la condición al mismo tiempo que su autor. Así se presenta en sus grandes líneas la teoría que rechaza la retroactividad de la condición, y que el Código Civil alemán parece haber consagrado.

En presencia de esta nueva teoría que, de día en día, recoge nuevas adhesiones, se presenta un problema, sobre el cual la Comisión de Revisión del Código Civil tendrá necesariamente que tomar resolución. ¿Conviene conservar la regla que atribuye á la condición un efecto retroactivo, ó bien, por el contrario, no habrá que aprovechar la ocasión para rechazarla de una manera definitiva? Tal es el problema que nos proponemos abordar en este estudio, averiguando las razones que pueden militar en favor de una ú otra solución. Pero antes de proceder á este examen, tenemos que hacer una averiguación previa y sin la cual toda discusión podría parecer ociosa. Esta averiguación tendrá por fin determinar cuál es justamente el interés práctico que puede haber en optar por la una ó la otra de las dos teorías.

I

Según algunos autores, este interés práctico se presentaría ante todo en lo que concierne á las medidas conservatorias. En la opinión que atribuye á la condición un efecto retroactivo, el acreedor condicional tiene el poder de tomar *pendente conditione*, todas las medidas necesarias al resguardo de su derecho. Puede hacer inscribir su hipoteca, requerir la transcripción del contrato, solicitar el nombramiento de un secuestre, obtener una colocación eventual en el curso de un procedimiento de orden ó de contribución. Todas estas precauciones son á veces de una gran importancia, y no habría, por decirlo así, contrato condicional posible, si el acreedor no estu-

viera asegurado de poder, con ellas, garantizar la ejecución del contrato. Se observa que no parecería admisible reconocer al acreedor un poder análogo en la hipótesis en que la condición no produjera efecto retroactivo. *Pendente conditione* no habría acreedor sino sólo un tercero que no poseería todavía ninguna especie de derecho. Ninguna ficción vendría nunca á modificar este hecho brutal. ¿A qué título podrían tomarse medidas conservatorias? Habría así en este punto una diferencia importante entre las dos teorías en presencia, á favor, por lo demás, de la teoría de la retroactividad.

A este razonamiento se responde en nuestros días que no hay en esto más que una pretendida diferencia, porque, aún en la teoría nueva, el acreedor podría tomar *pendente conditione* medidas conservatorias. Convendría, en efecto, en adelante no atenerse demasiado estrechamente á la idea antigua según la cual las medidas conservatorias no son posibles sino en cuanto el acreedor justifica un derecho ya nacido y actual cuya ejecución sólo está temporalmente suspendida. Es este un concepto anticuado, que lleva todavía el sello de un formalismo que ha hecho su época. Hoy se está más ó menos de acuerdo en reconocer que la sola expectativa de adquirir un derecho basta para autorizar al acreedor para tomar medidas conservatorias. Así es como en muchos tribunales puede verse al juez ordenar un peritaje para la constatación de un daño, que todavía sólo es eventual. Tal vez se llegará pronto á las informaciones para el futuro. Una acción más ó menos probable justifica así ciertas medidas de instrucción. El causi-habiente puede reclamarlas en vista de acontecimientos que tal vez nunca tengan lugar. En virtud de una idea análoga, habría que admitir que el acreedor condicional, aún si la condición no debe tener efecto retroactivo, podrá *pendente conditione* usar de todas las medidas necesarias para la protección de su derecho. Y esto sería cierto, porque no hay razón para distinguir, respecto á toda especie de acreedor que puede esperar un derecho cualquiera, aún el acreedor eventual que no ha figurado en ningún acto jurídico y que derive en derecho de la ley.

Aunque exacta, en principio, una regla sentada en términos tan absolutos, ¿no tiene ciertas restricciones, por lo menos respecto al acreedor eventual? Sin duda no parece que haya dificultad para que se admita á este acreedor el proporcionarse de antemano la prueba de su derecho. Que reclame una información ó un peritaje, no hay en esto nada que pueda perjudicar á su deudor y todavía sería justo decidir que á menos del caso de resistencia y de mala voluntad de este último en reconocer el derecho del acreedor, los gastos exigidos por estas diversas instrucciones deberán ser de cargo de este acreedor. Pero la expresión «medidas conservatorias» es amplia. Comprende algo más que la información, el peritaje ó cualquier otro medio de prueba para impedir para lo futuro posibles litigios. La colocación eventual en un procedimiento de orden ó de contribución, el nombramiento de un secuestre, son también medidas conservatorias, pero estas últimas medidas reservando el derecho del deudor pueden causarle un grave perjuicio. Lo privan por un período indeterminado del goce de ciertos bienes, y hacen, por decirlo así, indisponible una parte de su patrimonio. Y lo mismo sucede con todas las medidas conservatorias que tienden no ya á permitir al acreedor asegurarse la prueba de su derecho, sino á colocar la garantía bajo la mano de la justicia en vista de la ejecución forzada, y á desasir en cierta manera al deudor. Y entonces á la necesidad de la protección de los derechos en formación, es permitido oponer con

una cierta fuerza el deseo legítimo del deudor de no ser turbado mientras su deuda no haya nacido todavía. Reconocer toda clase de poderes al acreedor en cuanto a la segunda categoría de medidas conservatorias sería autorizar al deudor para quejarse de que se ataca su libertad. El derecho eventual no es bastante fuerte para justificar medidas de esta clase. Así, admitiendo con la doctrina nueva que el acreedor eventual puede tomar las medidas que tienden a procurarle una prueba de su derecho, le negaríamos la facultad de recurrir a todas las que tuviera por objeto preparar su ejecución. (1)

En cambio, esta misma doctrina parece satisfactoria cuando se trata de proteger *pendente conditione* al acreedor condicional cuyo derecho ha nacido de un acto jurídico. Sin duda que si este acreedor no pudiera invocar más que la *spes debitum iri*, no habría lugar a reservarle un tratamiento más favorable que el acreedor eventual. Pero la situación no es del todo la misma. El derecho del acreedor tiene su fuente en la voluntad del deudor, y es de creer que el deudor ha querido hacer un acto serio. Haciendo una promesa para un caso determinado, este deudor ha reconocido tácitamente al acreedor el poder de usar de todas las vías de derecho para impedir que una causa cualquiera haga vano el crédito aun antes de la llegada de la condición. En virtud de un semejante acuerdo tácito, habrá lugar a admitir que el acreedor tome toda especie de medidas conservatorias, y aún, dado que tal pareciera haber sido la voluntad de las partes, habrá que ir más lejos y decir que en caso de duda sobre el carácter conservatorio de tal ó cual medida, conviene resolver la dificultad en favor del acreedor.

Así, pues, la teoría que rechaza la retroactividad no sólo debe sustraerse al reproche de despojar al acreedor del poder de tomar medidas conservatorias, sino que todavía puede decirse que desde este mismo punto de vista es más favorable al acreedor que la antigua teoría.

Prosigamos ahora nuestra investigación abordando otro dominio: el de la suerte reservada a los actos de toda especie que el propietario bajo condición resolutoria ha podido ejecutar sobre la cosa *pendente conditione*.

Si se aplicara rigurosamente la teoría de la retroactividad, habría que decidir que el propietario bajo condición resolutoria será obligado a restituir los frutos percibidos *pendente conditione*, si se produce la resolución. Por efecto de la retroactividad se reputa no haber sido nunca propietario. No tiene, pues, más derecho a los frutos que un tercero cualquiera que los hubiera percibido indebidamente. Por lo tanto, en buena lógica, deberá ser obligado a devolverlos al propietario bajo condición suspensiva.

Sin duda se objeta a veces que el propietario bajo condición resolutoria podrá conservar los frutos como poseedor de buena fe. (2)

¿Pero la situación no es diferente de la prevista por el artículo 549 del Código Civil? El poseedor de buena fe hace suyos los frutos porque puede siempre decir que ha contado con ellos, ha vivido con más largueza, y que una restitución lo empobrecería. El propietario bajo condición resolutoria, ha sabido que podía ser obligado a restituir, ha debido poner los frutos aparte, una restitución no lo

empobrecería. No puede, pues, invocar el mismo motivo, y, por consiguiente, no se podría, para autorizarlo a conservar los frutos, asimilarlo al poseedor de buena fe.

Se ha dicho todavía que debía conservarlos, porque en ciertas hipótesis, cuando se trata de una cosa no fungible, no puede haber cuestión sobre la restitución de las ventajas que ha procurado a su poseedor, y que, sin embargo, si existe la obligación de restituir, ella debe ser general. Hay un ejemplo clásico. Una persona ha tenido en su posesión un cuadro. ¿Cómo podría restituir el agrado que le ha producido esta posesión? (3)

La respuesta es sencilla. Cuando no pueda haber restitución en especie, habrá restitución por equivalencia, es decir, pago de una indemnización. Sin duda será difícil sostener que el poseedor del cuadro estará obligado a pagar, pero es que el goce de un cuadro no procura ningún beneficio pecuniario, y no es apreciable en dinero porquien en general un cuadro no se arrienda. Pero si se trata de una cosa de la cual el poseedor ha podido obtener un beneficio, como por ejemplo un caballo, un coche, estaría obligado en buena teoría a indemnizar al acreedor. La regla tiene, pues, un alcance general.

Se ha dicho, por último, que el propietario bajo condición resolutoria debía guardar los frutos, porque la retroactividad obra *in jure* y no *in facto*. Puede hacer sin duda que un día se considere a este propietario como nunca ha sido propietario. No puede hacer que no haya percibido los frutos de la cosa, ó que no haya gozado de ellos. Hay aquí un hecho que no puede borrar. Por lo tanto, no podrá impedir que la adquisición de los frutos sea definitiva. (2)

Que en tal razonamiento haya tenido crédito, es cosa que sorprende. Sin duda la retroactividad de la condición no impide que el propietario bajo condición resolutoria, haya gozado de la cosa, pero no puede hacer que no haya gozado sin causa porque no era propietario. No impide, pues, que esté obligado a restituir.

A pesar de todas estas razones, la jurisprudencia ha admitido siempre que el propietario bajo condición resolutoria podrá conservar los frutos y sólo estará obligado en caso de compra a pagar los intereses del precio. Hay en esto una solución que es imposible justificar teóricamente, pero que se explica prácticamente. Si el propietario no estuviera seguro de poder guardar los beneficios que ha podido realizar, podría temerse que se desprecupara de la administración de la cosa. Importaba también cortar las dificultades que casi siempre habría producido una rendición de cuentas. Estas diversas consideraciones han parecido con razón decisivas a la jurisprudencia. (3)

Pero si la jurisprudencia se ha fijado así, resulta que en este punto la teoría nueva que rechaza la retroactividad no ofrece ya ningún interés práctico. Sin duda, en esta teoría el propietario conserva los frutos percibidos, porque la resolución sólo tiene efecto para lo futuro. Pero puesto que hace tiempo se ha formado jurisprudencia en este sentido, la teoría nueva no introduce en el hecho ningún cambio.

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia admite desde hace tiempo, que a pesar de la retroactividad, los actos de administración ejecutados por el propietario bajo condición resolutoria, como los arrendamientos, conser-

(1) V. Demogue, *De la nature et des effets du droit éventuel*, Revue, 1906, p. 231.

(2) V. Toullier *Droit civil français*, t. III, números 541 y 545, y Troplong, *De la vente*, t. I, número 60.

(1) V. Demande y Colmet de Sainterre, *Cours analytique du Code Civil* (2.^a edición) t. V, número 98 bis, II.

(2) V. Demolombe, t. XXV, número 401-2.^o.

(3) V. S., 65, 1.280, D. 73, 1. 417.

varán su efecto. Sin duda, no se niega que después de la resolución, se reputa que este propietario no ha tenido nunca ningún derecho sobre la cosa. Pero habría obrado en cierta manera en calidad de mandatario del propietario bajo condición suspensiva para los fines de la administración de esta cosa hasta la llegada de la condición.

Que esta manera de ver sea útil desde el punto de vista práctico, nadie pensará en negarlo; pero ¿es admisible semejante razonamiento desde el punto de vista jurídico? En principio, el mandato no se presume. O bien se contiene en la ley ó en el convenio de las partes, ó no existe. Y la ley no ha reconocido nunca al propietario bajo condición resolutoria un mandato cualquiera del propietario bajo condición suspensiva. Y todo acto condicional no contiene necesariamente una cláusula que confiera un mandato semejante. Habría, pues, que decidir que el propietario bajo condición resolutoria no puede ejecutar actos de administración sino bajo reserva de una resolución siempre posible.

Sea como sea, dado que la jurisprudencia válida en todo caso esta clase de actos, la teoría nueva está desprovista en el hecho, también en este punto, de todo interés práctico. Decidiendo que los actos de administración no están sujetos á resolución, no hace más que consagrar el derecho ya admitido por la jurisprudencia.

En realidad, la diferencia práctica más saliente que parece presentarse cuando se examinan las dos teorías, es sobre todo relativa al efecto de la retroactividad sobre los actos por los cuales el propietario bajo condición resolutoria puede haber dispuesto de la cosa ó haberla gravado con derechos reales. Se admite, en efecto, y esta vez sin discusión, en la teoría de la retroactividad, que la resolución anula de una manera absoluta todos estos actos. Por el contrario, si el efecto de la condición no se produce más que para lo futuro, no podría afectar las enajenaciones ó constituciones de derechos reales consentidos anteriormente, y todo lo que ha tenido lugar en el pasado tendrá un carácter definitivo. Habría, de esta suerte, un interés práctico considerable en elegir entre las dos teorías.

¿Pero es seguro que en este punto todavía la teoría nueva esté llamada á cambiar las soluciones tradicionales francesas? Se dirá á menudo que no introducirá ningún cambio, porque el propietario bajo condición resolutoria que puede ser obligado á restituir por la llegada de la condición, no ha podido consentir sobre la cosa *pendente conditione* más derechos que los que él mismo tiene, y que esto es cierto sin que haya que averiguar si la condición tiene ó no efecto retroactivo. Esta afirmación, que es exacta en una cierta medida, no nos parece, sin embargo, que dé una fórmula del todo adecuada á la realidad de los hechos. ¿Cuál es justamente la situación respectiva de las dos partes que han tratado bajo condición? La que se ha comprometido á entregar ó á restituir la cosa á su cocontratante para el caso en que se realice la condición, ha asumido implícitamente la obligación de no hacer nada personalmente, por lo menos fuera de los actos de administración ordinarios, que pueda ser un obstáculo llegado el caso, para esta restitución de la cosa prometida por él, y en particular de no disponer de ella y no gravarla con derechos reales. Nos hallamos, pues, aquí, en presencia de una verdadera cláusula de inalienabilidad. ¿Hay que considerar esta cláusula como que sólo puede tener efecto respecto al promitente comprometiendo su responsabilidad personal desde el punto de vista pecuniario; ó por el contrario, hay que darle un efecto real *erga omnes*, es decir aún respecto á los terceros adquirentes, de tal suerte que se pueda recobrar la

cosa entre sus manos? Aquí está toda la cuestión. Que se la resuelva contra los terceros, y entonces será justo decir que los antiguos efectos de la resolución subsistirían en su mayor parte en la nueva teoría.

Si se hubiera presentado la cuestión en estos términos en el comienzo del siglo último, es probable que los redactores del Código Civil habrían reconocido al propietario bajo condición resolutoria, la facultad de disponer de la cosa de una manera definitiva aún *pendente conditione*. El principio de la libre circulación de los bienes tenía, en efecto, en esa época un valor absoluto. Pero poco á poco los peligros de la mano muerta han parecido menos grandes que lo que se había temido al principio. Cuando la jurisprudencia se encontró en presencia de cláusulas de inalienabilidad por lo menos temporal y que parecían justificarse por motivos serios, decidió aplicarlas aún á los terceros adquirentes. Ha hecho lo que se ha llamado justamente el balance de los intereses. Cuando las consideraciones en favor de la inalienabilidad son bastante graves para restringir el principio de la libre circulación de los bienes, la jurisprudencia no vacila hoy en reconocer el efecto real de la cláusula de inalienabilidad. El punto de vista no es, pues, del todo el mismo que en el comienzo del siglo XIX.

Colocándose en este punto de vista moderno, es imposible negar que hay, en favor del carácter resoluble de los actos de disposición ejecutados por el propietario bajo condición resolutoria *pendente conditione*, razones de una naturaleza tal que no parece posible abandonar en este punto la solución tradicional del derecho francés. Hemos visto al comenzar la importancia que toma cada día en nuestra época el acto condicional. Presta, especialmente á la industria y al comercio, los más grandes servicios. El esfuerzo del jurista debe, pues, tender á hacerlo más y más práctico, y hacer que responda cada vez mejor á las necesidades de los que están llamados á hacer uso de él. Ahora bien: decir que el propietario bajo condición resolutoria podrá enajenar válidamente la cosa, hipotecarla, gravarla con derechos reales y esto de una manera definitiva, es simplemente hacer imposible en el hecho el empleo de la condición. El acreedor retrocederá siempre ante un riesgo semejante. Que la cosa estipulada se le escape á consecuencia de acontecimientos que han sido el objeto de la condición, y cuyas probabilidades ha podido prever y calcular, esto entra en el álgebra en que ha consentido. Pero no aceptará nunca que la sola voluntad del deudor pueda privarlo de la cosa misma bajo la responsabilidad personal de este deudor, que, por lo demás, puede ser ineficaz si es insolvente. A menos, pues, de privar á las partes del recurso precioso del acto condicional, conviene decidir que la cláusula de inalienabilidad que encierra implícitamente, tendrá efecto respecto á terceros, aunque la condición no tenga efecto retroactivo.

Hay que ir aún más lejos y decir que la teoría nueva conducirá á la resolución de los derechos reales consentidos *pendente conditione* en casos en que esta resolución parecía antiguamente imposible. Es una regla admitida hasta hoy que en los contratos de que ya hemos hablado, en que la condición versa sobre un elemento esencial, consentimiento, causa, objeto, la condición no puede nunca tener efecto retroactivo. Esta solución ofrece desde el punto de vista práctico graves inconvenientes. Destruye en el hecho, por ejemplo, la principal utilidad de la promesa de venta. El comprador sólo ha tratado porque esperaba ligar respecto á él al vendedor, sin comprometerse por su propia cuenta de una manera definitiva. Pero como su adhesión, cuando se produce, no

tiene efecto en el pasado, el vendedor ha podido disponer de la cosa. No queda al comprador otro recurso que recurrir en garantía contra su vendedor, y al mismo tiempo ejercitar contra el adquirente el derecho de hipoteca que haya podido estipular al celebrar el contrato si ha sido prudente. Por el contrario, la teoría nueva, en todos los contratos de esta clase, protege al adquirente condicional, ó más generalmente al acreedor. El deudor se ha comprometido á no hacer nada *pendente conditione* que pueda impedir un día ú otro la ejecución del contrato, y una obligación semejante, como lo hemos visto, produce efecto respecto de terceros, y permitirá al comprador, en caso de promesa de venta, recobrar la cosa entre sus manos. Así, pues, la teoría nueva ofrece esta feliz particularidad: que aplica la resolución de los derechos reales consentidos *pendente conditione* con ocasión de ciertos contratos de que hasta hoy había parecido deber desterrarse por completo la retroactividad, y en que, sin embargo, ella había sido necesaria.

En definitiva, y de una manera general, nos es permitido concluir de la comparación que acabamos de hacer, que hay un interés apreciable en elegir entre la una y la otra de las dos teorías que á través de la historia del derecho romano ó francés han hecho admitir ó rechazar la retroactividad de la condición. Una de estas teorías, impregnada en cierta manera de lógica y pronta á deducciones que impone con un rigor ante el cual los hechos mismos estarían obligados á plegarse, se inspira ante todo en la idea sencilla, pero por lo mismo más absoluta todavía, de que el derecho del acreedor remonta en el pasado al día mismo del contrato. La otra, por el contrario, más amplia y más flexible, preocupada siempre de seguir tan de cerca como sea posible la realidad, no hace más que averiguar con cuidado la intención de las partes á fin de darle en seguida una plena y entera satisfacción. La una traza al acreedor condicional una especie de programa de medidas conservatorias de que no puede separarse so pena de exceder su derecho. La otra le reconocerá fácilmente poderes más amplios, si aparece que el deudor ha consentido tácitamente en ello. La una, á pesar de su principio *a priori*, se ha visto forzada, sin embargo, á validar la percepción de frutos ó los actos de administración del propietario bajo condición resolutoria. La otra reconocía estas soluciones como naturales porque se desprende de sus reglas propias y no tienen nada de contrario á la voluntad de las partes. La una proclama de una manera imperativa que toda resolución producirá efecto respecto de terceros. La otra decide que así será lo más á menudo, porque se presume que las partes lo han querido, pero se reserva respetar su intención en el caso que sea diferente. En una palabra: mientras que la teoría de la retroactividad, con sus cuadros rígidos y sus abstracciones, parece un organismo desprovisto de vida que hace al acto condicional poco apto para el papel tan extenso que parece llamado á desempeñar en nuestros días, la teoría nueva, por el contrario, adapta este mismo acto de la manera más adecuada posible á las necesidades de la práctica moderna, y aumenta así los grandes servicios que se pueden esperar de él.

II

Colocándonos ahora en el punto de vista puramente jurídico, constataremos ante todo, á propósito de la teoría de la retroactividad, que nunca se ha distinguido muy claramente las diversas explicaciones con que se trata de justificarla. Generalmente los autores recurren á mu-

chas de entre ellas, cuando no las invocan á todas simultáneamente; á veces aún las confunden. Y lo que hay de grave en esto es que á menudo estas explicaciones son incompatibles, y que necesariamente habría que optar entre ellas. Tratemos, sin embargo, de pasarlas en revista sucesivamente.

Ciertos autores insisten mucho en este punto, que el acto condicional reúne desde el principio todos los elementos esenciales á su validez. Para que una convención pueda formarse según las reglas ordinarias, basta que las partes sean capaces y presten su consentimiento, y que su obligación tenga una causa y un objeto lícitos. Ahora, bajo todos estos respectos, el acto condicional es perfecto. ¿No es esta una razón seria para decidir que después de la llegada de la condición debe reputarse que ha existido siempre?

Este argumento ha sido presentado por un gran número de juriconsultos. En primer lugar hay que citar á los redactores del Código Civil. En uno de sus informes (1), Bigot de Préameneu, antes de afirmar que la condición debe producir un efecto retroactivo, consigna que ella no es más que una modificación de un compromiso ya existente. Después se encuentra á Larombière (2), que agrega esta razón nueva, que en adelante el contrato está perfecto por el solo consentimiento de las partes. Parece, por lo demás, que Larombière confunde aquí el efecto del contrato con su formación. Puede citarse todavía á Marcadé y Pont (3), que han dado al argumento su fórmula más precisa. Por último, Demolombe (4) parece haberle prestado en algunos puntos el apoyo de su autoridad.

Otros autores han tratado de justificar la retroactividad de la condición invocando la intención presunta de las partes. Les parece que el pensamiento secreto de dos personas que ejecutan un acto condicional no podría ser dudoso. La ignorancia en que se está del porvenir constituye un estorbo serio para las transacciones. Si las partes contratantes pudieran saber con seguridad que tales ó cuales acontecimientos posibles se han de realizar, no harían un acto bajo condición suspensiva; tratarían pura y simplemente. Del mismo modo, no contratarían bajo condición resolutoria si estuvieran seguras de la resolución; en esta ocurrencia no contratarían. Si es, pues, natural suponer que su intención verdadera es que se repite que el acto ha existido siempre ó no ha existido nunca cuando llegue la condición, ¿por qué no satisfacerlas reconociendo á la condición un efecto retroactivo?

Entre los juriconsultos en quienes parece que ha hecho fuerza esta consideración, se encuentra en primer lugar á los redactores del Código Civil. Así es como Bigot de Préameneu la pone delante á propósito de la condición resolutoria (5). También ha sido reproducida por Laurent, que vacila, sin embargo, en servirse de ella cuando la condición es suspensiva (6). Otro juriconsulto, Hue, comienza por una crítica de la opinión que funda la retroactividad en una especie de

(1) V. Locré, *Exposé des motifs par Bigot de Préameneu*, t. XII, p. 340, núm. 65.

(2) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. II, p. 462.

(3) V. Marcadé et Pont, *Explication du Code Napoléon*, 7.ª edición, t. IV, núm. 558.

(4) V. Demolombe, t. XXV, núm. 387.

(5) V. Locré, *Exposé des motifs par Bigot de Préameneu*, t. XII, p. 340, núm. 65.

(6) V. Laurent, *Principes de droit civil français* (3.ª edición), t. XVII, número 78.

preexistencia del acto condicional. No ve bien claramente la relación que se trata de establecer entre la perfección del acto y la fecha en que conviene hacer nacer un derecho del cual es la fuente. Si la condición produce efecto retroactivo, es en realidad porque tal ha sido la voluntad de las partes. Es cierto que á continuación el mismo juriscónsulto afirma que la llegada de la condición verifica la existencia del acto, lo que parece implicar que no abandona del todo la idea de que en una cierta medida el acto estaría preexistente⁽¹⁾. Se encuentra así algunas vacilaciones aún en los autores que ven en la intención presunta de las partes la razón de ser de la retroactividad.

Por fin, en una última opinión, que es también la más general, hay que recurrir necesariamente, para explicar la retroactividad, á la idea de una ficción legal. En el antiguo derecho Pothier admitía ya en términos expresos que el derecho que resulta del compromiso se «reputa» haberse adquirido por aquel con quien se ha contraído desde el tiempo del contrato.⁽²⁾ Domat dice también que la llegada de la condición dará á la obligación y á la hipoteca su fuerza desde el día de su título, «lo mismo que» si no hubiera habido condición.⁽³⁾ En nuestros días Demolombe, después de haber parecido plegarse á al opinión de la preexistencia, declara expresamente que la retroactividad es una ficción.⁽⁴⁾ Del mismo modo, para restringir el efecto retroactivo, Demante y Colmet de Sainterre recuerdan que hay en esto una ficción que no puede tener la misma fuerza que la realidad.⁽⁵⁾ Aubry y Rau afirman también en los mismos términos que el día en que se cumple la condición, la obligación y el derecho correlativo «se consideran como» que no han estado nunca subordinados á una condición.⁽⁶⁾ Por último, Baudry-Lacantinerie y Barde admiten implícitamente la idea de ficción afirmando que el efecto retroactivo no es una necesidad jurídica.⁽⁷⁾ Según la mayoría de los autores, la retroactividad no sería, pues, más que una pura creación de la ley.

Muchas legislaciones extranjeras han admitido por lo demás la misma idea. Citemos las legislaciones italiana⁽⁸⁾ y portuguesa⁽⁹⁾, que hablan de la retroactividad en un lenguaje tal que no parecen ver en ella más que una simple ficción.

Las diversas explicaciones que se han dado en favor de la retroactividad de la condición ¿tienen un valor decisivo?

Notemos ante todo que la explicación por la idea de una ficción no es satisfactoria. El papel de la ficción es explicar ciertas soluciones felices á que no parece que debía conducir la aplicación de las reglas ordinarias. De otra manera, sería inútil y aún peligroso obstruir el derecho con esas creaciones arbitrarias, que son siempre la fuente de dificultades múltiples, porque no se sabe justamente lo que el legislador ha querido fingir. Lejos de conducir á resultados notables, la retroactividad de la condición estrictamente aplicada tendría efectos que la

jurisprudencia ha tenido que rechazar formalmente. Si no descansa desde el punto de vista jurídico más que en una ficción legal, conviene ya no separarse por más tiempo de la realidad de los hechos.

No parece por lo demás que la idea de que el acto existiría antes de la llegada de la condición pueda proporcionar á la teoría de la retroactividad un fundamento mucho más sólido. Es que en efecto, esta idea choca con principios demasiado bien establecidos para no ser ella misma discutible. La condición hace algo más que disimular la existencia del acto, lo hace incierto. ¿Se formará? ¿No se formará? Nada se sabe. Pero lo que puede afirmarse es que el acto no existe mientras está pendiente la condición. Y es atacar á la definición misma de la condición en lo que tiene de más esencial, pretender que el acto existe ya á fin de poder decir después que debe reputarse haber existido siempre.

Por último, la argumentación deducida de la intención presunta de las partes no parece más conveniente. Lo que puede inducirse seguramente de un acto bajo condición suspensiva, es que las partes han tenido intención de crear entre ellas un lazo jurídico, de tal suerte que se encuentren obligadas de buen ó mal grado la una para con la otra si se produce el acontecimiento. Deducir además que ellas han querido referir al día mismo de su acuerdo los derechos que entonces nacen del acto, sería en general ir más allá de su pensamiento. Y las partes no han contado tampoco con el efecto retroactivo cuando han tratado bajo condición resolutoria. Un comerciante que se establece compra en una ciudad un establecimiento de comercio, pero inserta en el acto una cláusula en virtud de la cual se resolverá la venta si viene un concurrente á establecerse en su barrio. ¿Tiene acaso el deseo de que un día pueda reputarse que la venta no ha existido nunca? De ninguna manera. Mientras no se haya realizado su temor de un concurrente, la venta produce efectos que ciertamente él tiene por definitivos. Todo lo que pide es que en el caso de que se instale un concurrente, el contrato cese de producir efectos para lo futuro. La explicación de la retroactividad por la voluntad presunta de las partes no tiene, pues, más valor que las precedentes.

En suma: esta teoría, nacida de una falsa interpretación histórica, parece no haber hecho su época; habrá pasado con ello lo que con todos los errores, cualquiera que sea el dominio en que se produzcan, jurídico ó no. Durante muy largo tiempo habrá sobrevivido, porque no hay nada para mantener una regla una vez sentada como la fuerza del hábito. Pero á la larga la verdad reaparece. Es imposible que una regla resista indefinidamente cuando no tiene en su apoyo alguna razón deducida de la fuente profunda é inagotable que se llama la realidad de los hechos. Para la retroactividad de la condición, el trabajo de la crítica ha sido más fácil, porque la historia ha demostrado el vicio que había en sus orígenes. Conviene ahora sancionar las conclusiones de estas investigaciones históricas que un examen más extenso parece justificar, y sustituir á una teoría en que se ha dado demasiado tiempo libre carrera un espíritu de lógica árida y estrecha, la teoría nueva, más verdadera, más flexible y por consiguiente con más vida, que rechaza la retroactividad de la condición.

(1) Hue, *Commentaire du Code Civil*, t. VII, art. 1179, ps. 341 y 342.

(2) V. Pothier, *Traité des obligations*, t. I, núm. 220.

(3) V. Domat, *Lois civiles, hypothèques*, sec. 3.ª, núm. 17.

(4) Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, t. XXV, núm. 398.

(5) V. Demante et Colmet de Sainterre, *Cours analytique* (2.ª edición), t. V, p. 153.

(6) Aubry et Rau, *Cours de droit civil* (5.ª edición), t. IV, p. 115.

(7) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations* (3.ª edición), t. II, p. 39, núm. 809.

(8) Código Italiano, (traduc. Hue y Orsier), 2.ª edic., t. II, art. 1158.

(9) Código Portugués, (traduc. Lauegry y Dubois), art. 678.

JURISPRUDENCIA

Es innecesaria la venia del marido ó la supletoria del Juez para que la mujer casada, cuyo marido se halla en la Penitenciaría sufriendo una pena, pueda comparecer en juicio con objeto de aceptar una herencia propia, una vez que le haya sido acordada la administración extraordinaria de los bienes.—ARTÍCULO 1955 DEL CÓDIGO CIVIL.

Las disposiciones de los artículos 133 y siguientes y 1969 del mismo Código no son aplicables en el caso.

Señor Juez Letrado de lo Civil de 3.^{er} turno:

L. L., casada con B., constituyendo domicilio en la calle núm. . . ., á V. S. respetuosamente digo:

I. Que mi enunciado esposo se halla recluso en la Penitenciaría de esta ciudad hace próximamente dos años, y, desde que perdió su libertad, no tengo de él noticias directas.

II. No hace mucho tiempo, llegó á mi conocimiento, allá en la 3.^a sección judicial del Departamento del Durazno, donde resido, que B. había sido condenado á 12 ó 13 años de penitenciaría. Después nada he vuelto á saber.

III. Mi señor padre don V. L., ha fallecido hace pocos días en la referida. sección 3.^a judicial del Durazno, y necesito, señor Juez, estar representada en el juicio sucesorio que se proponen iniciar de un momento á otro mi señora madre doña L. P. y mis hermanos.

IV. Mi marido, durante la pena, y si estuviese condenado—que no lo sé,—no puede administrar mis bienes, ni los de nuestros hijos, ni los de la sociedad conyugal (artículo 52 del Código de Procedimientos). Si sólo se tratara de un prevenido, la situación no sería por eso muy distinta: todo induce á creer que, en definitiva, las sanciones legales serán duras y severísimas con él.

V. Sin temor de equivocarme, creo poder decir, que estamos en frente del primer caso previsto por el artículo 139 del Código Civil: *Un marido ausente, al cual no se le espera de pronto.* Y, como el artículo 139 citado, al emplear la palabra *ausente* parece como que planteara la cuestión de si dicha palabra debe ser tomada en su sentido legal, ó si se refiere al marido *no presente*, el doctor Guillot, en sus comentarios al Código Civil, al ocuparse de esta cuestión, dice así: «Es indudable que en este caso, la palabra *ausente* comprende ambas acepciones. En efecto, la autorización judicial está establecida en interés de la mujer, y tanto perjuicio puede existir para ésta, cuando su marido está *ausente*, como cuando se encuentra *no presente*. No hay razón, pues para distinguir entre uno y otro caso».

VI. Mi marido S. B. no hay duda que se encuentra comprendido en el primer caso del referido artículo 139 del Código Civil; y solicito del Magistrado quiera dignarse librar oficio al señor Director de la Penitenciaría, para que se sirva informar si B., vecino que fué de la 3.^a sección judicial del Departamento del Durazno, se halla sufriendo condena en aquel establecimiento y por qué tiempo, ó si se trata de un prevenido, y en ese caso, qué tiempo lleva de reclusión, y si es dable esperar su pronta libertad.

VII. Producido el informe de referencia, V. S., en

atención á él y también á las razones que dejo aducidas, ha de dignarse, teniéndolo á bien, autorizarme, de acuerdo con el precitado artículo 139 del Código Civil, para comparecer *personalmente*, en el juicio sucesorio de mi citado señor padre don V. L., practicando todas las gestiones precisas—y también para hacerlo por medio de apoderado, si me conviniese, celebrando el correspondiente contrato de poder.

Por tanto:

A V. S. ruego quiera deferir á lo peticionado, dándole al Ministerio público la correspondiente intervención, previamente, disponiendo á la vez que, previo pago, se me expidan los testimonios que solicitare.

Será justicia, etc.

Otrosí digo: Que autorizo al señor Escribano don Manuel R. Alonso, para que en su día, recabe testimonios, pague costas y suscriba en autos las notas y recibos del caso.—Admitiéndolo V. S., así hará justicia, etc.

Montevideo, junio de 1908.

L. L.

Señor Juez:

Según resulta del informe de f. 5 vta., el marido de la peticionaria, no sólo no está ausente sino que se conoce su residencia, y por consiguiente no está comprendido en el primer caso del artículo 139 del Código Civil.

En su consecuencia, corresponde al marido concederle la autorización necesaria para intervenir en el juicio sucesorio á que se hace referencia en el escrito en vista, pues el artículo 52 del Código Penal sólo priva al penado de la administración de los bienes de los hijos, de la mujer y de la sociedad conyugal.

Sírvase V. S. declararlo así.

Montevideo, julio 4 de 1908.

Abel C. Pintos.

Señor Juez Letrado de lo Civil de 3.^{er} turno:

L. L., en los autos que he iniciado ante V. S. impetrando la venia supletoria á que se refiere el artículo 139 del Código Civil, evacuando la vista que del dictamen fiscal de f. 6 vuelta se ha dignado conferirme, respetuosamente, digo:

I. Que el señor Fiscal puede estar en razón cuando dice que mi marido «no sólo no está ausente, sino que se conoce su residencia». Pero, creo que está en error cuando dice que «corresponde á aquél el concederme la venia para intervenir en el juicio sucesorio de que se trata». No quiero ni debo entrar en contestaciones que mortificarían mi espíritu harto abatido. Tengo urgentísimo interés en regularizar esta situación mía, y de no acordárseme la venia supletoria que impetré, en sustitución de aquel petitório paso á formular el de que instruye el capítulo siguiente:

II. En vista de lo consignado en el informe de la Dirección de la Penitenciaría, corriente á fs. . . ., y estando como está mi marido B. privado de la administración de mis bienes, de los de sus hijos y de los de la sociedad conyugal (artículo 52 del Código Penal) corresponde y así lo solicito, que el Juzgado de V. S., tomando en cuenta el último inciso del artículo 1953 del Código Civil, se

digne conferirme la administración extraordinaria de la sociedad legal y también la administración de mi dote, que puede y debe también conferírseme en consonancia con lo que estampa el artículo 2007 del mismo Código, que es concordante con el 1953 antes citado.

Dice el inciso último del referido artículo:

«El Juez conferirá también la administración á la mujer con las limitaciones que estime convenientes, si el marido hallándose absolutamente impedido de autorizar á aquélla, no hubiere proveído sobre la administración».

III. Condenado B. á penitenciaría, *quedó* absolutamente impedido para administrar mientras sufre la pena, é inhabilitado consiguientemente para *autorizar* á otra persona que administre en su representación ó en su defecto, aunque esa persona sea su mujer; pues mal puede dictar *mandatos* ni expedir *autorizaciones referentes á administración* quien de esa administración se halla privado, y por expreso mandato de la ley mal puede nombrar sustituto quien tiene suspenso el mandato.

IV. Concluiré declarando á los ulteriores efectos de este mi petitorio, que la sociedad conyugal *carece de bienes en absoluto*, y por decontado la administración sea extensiva á los bienes gananciales y así lo dejo expresado en el capítulo II cuando pido que se me acuerde la «administración extraordinaria de la sociedad legal».

Por todo lo expuesto:

A V. S. suplico que con intervención fiscal se digne proveer del modo que lo solicito, por ser justicia, etc.

Montevideo, julio 20 de 1909.

L. L.

Señor Juez:

El artículo 52 del Código establece que mientras el condenado á penitenciaría esté sufriendo la pena, no podrá administrar los bienes de sus hijos, de su mujer y de la sociedad conyugal, y por consiguiente el infrascrito no ve inconveniente en que V. S. declare que esa administración ha pasado á la peticionaria siempre que se justifique en forma legal, que es casada con don S. B., y que éste está sufriendo pena de penitenciaría.

Pero en cuanto á la venia solicitada para intervenir en el juicio sucesorio aludido en el escrito inicial, este Ministerio reitera lo expuesto en el dictamen de fs. 6 vta. y siguiente. La venia del marido para la comparecencia de la mujer en juicio, es un atributo de la potestad marital, que nada tiene que ver con la administración de la sociedad conyugal y que sólo desaparece cuando se disuelve el matrimonio. Por eso la mujer separada de bienes, sea en virtud de sentencia judicial ó por capitulaciones matrimoniales, necesita la venia marital ó, en su defecto, la judicial supletoria para comparecer en juicio, á pesar de que no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos á la administración (Código Civil, artículos 133 y siguientes y 1969).

Por consiguiente, opina este Ministerio, que mientras no se justifique que la postulante se encuentra en alguno de los casos del artículo 139 del Código Civil, no corresponde otorgarle la venia supletoria solicitada.

Montevideo, agosto 3 de 1908.

Abel C. Pintos.

Señor Juez Letrado de lo Civil de 3.^{er} turno:

L. L., casada con don S. B., en la gestión que sigo ante ese Juzgado para que se me acuerde la administración extraordinaria de la sociedad legal, á V. S. respetuosamente digo:

I. Que dando cumplimiento á la primera parte del decreto de f. 12, acompaño testimoniada la partida de mi matrimonio con B. En cuanto á la justificación de que mi referido esposo está sufriendo la pena de penitenciaría, ese hecho se halla comprobado en forma legal á f. 5 vta. de estas actuaciones, pues el informe de la Dirección de aquel establecimiento penal, dice que á B. se le impuso *determinada pena que sufre allí*. Ese informe, señor Juez, es un verdadero instrumento público, revestido de carácter oficial, redactado ó extendido por funcionario competente, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Es un título auténtico y como tal, hace plena fe (artículo 1548 del Código Civil).

II. Corresponde ahora que evacúe la vista que el señor Juez se ha dignado conferirme del dictamen producido por el Ministerio General de Incapaces. Empezaré manifestando que en mi anterior escrito, he cambiado la acción de «venia supletoria» para accionar como acción desde entonces en el sentido de que se me acuerde la administración extraordinaria de la sociedad legal; y si en tal petitorio hablé de «venia», fué sólo por incidencia.

Por lo demás, si la mujer en quien recaiga la administración de la sociedad, *tiene respecto de ella las mismas facultades que competían al marido* (artículo 1954 del Código Civil), no pueden aquellas facultades sufrir más limitaciones que las que el magistrado conceptúe conveniente establecer (artículo 1953 del mismo Código) y las que expresamente y de manera taxativa determina el artículo 1955 de aquel cuerpo de leyes, y son ellas, la prohibición de enajenar y gravar los bienes raíces del marido, los de ella ó los adquiridos durante el matrimonio, ni aceptar, sin beneficio de inventario, una herencia deferida á su marido, debiendo para tales actos solicitar autorización especial del Juez, previo conocimiento de causa. Su comparecencia en juicio no le está prohibida á la mujer administradora y para tal comparecencia no necesita la venia de su marido ni la supletoria del Juez.

III. Si para realizar los actos determinados en el supracitado artículo 1955 del Código Civil, la mujer administradora comparece en juicio sin venia marital ni supletoria del Juez, pues la ley no las exige y no necesita sino *autorización especial del magistrado para consumir tales actos*, sino venia marital, supletoria, puede comparecer en juicio, en los demás casos en que lo requiera la administración. Si se pretendiera que la mujer administradora, cuando se viese obligada á gestionar judicialmente para conservar y defender los bienes que administra, conservación y defensa inherentes á una buena administración, habría de obtener, en cada caso, la venia marital ó la supletoria, se desconocería la letra y el espíritu del artículo 1954 del Código Civil:—la letra en cuanto establece terminantemente *que la mujer en quien recaiga la administración, tiene respecto de ella, las mismas facultades que competían al marido*; y el espíritu, porque si para los actos determinados en el predicho artículo 1955 del Código Civil—*actos de verdadera entidad y trascendencia*, no exige la ley las *venias marital ó supletoria para comparecer en juicio solicitando la necesaria autorización especial del magistrado*, tenemos que creer que el legislador, al acordarle á la mujer administradora, las mismas facultades que competían al marido, lo hizo con

amplitud y sin otras reservas que las consignadas en el referido artículo 1955, y quiso, *pues no lo prohibió*, que en todos los actos de su administración, estando incluido *el de la comparecencia en juicio*, cuando esa comparecencia tuviera relación de un modo más ó menos directo, con bienes á su administración confiados, que procediera tan libremente como habría procedido su marido, sin la cortapisa de las venias marital ó supletoria.

Para concluir: Delegando la ley en la mujer las facultades todas del marido, tenemos á aquélla en ejercicio de una amplia é indiscutible personería, sin que la potestad marital resulte lesionada en lo más mínimo.

IV. Los artículos 133 y siguientes del Código Civil invocados por el señor Fiscal, son de aplicación al caso en que el marido tenga la administración, y el artículo 1969 del mismo cuerpo de leyes, citado por el mismo funcionario, es aplicable solamente al caso de separación. Los dos casos son completamente ajenos y en nada se relacionan con el caso en que la mujer asuma la administración en lugar del marido, caso este que se rige por lo preceptuado en la sección IV, título VII del libro IV del Código Civil.

Por las razones legales aducidas y demás favorable á mi derecho, á V. S. pido: quiera dignarse acordarme en definitiva la administración extraordinaria de la sociedad legal, declarando á la vez que conferida dicha administración, le es innecesaria á la mujer la venia del marido, como innecesaria le es también la supletoria del Juez para comparecer en juicio con el propósito de aceptar una herencia propia, desde que por la ley, está facultada para comparecer en juicio sin aquella venia supletoria, para aceptar la herencia deferida á su marido, con beneficio de inventario.

Proveyendo V. S. de conformidad, hará justicia, etc.

Montevideo, agosto 31 de 1908.

L. L.

Señor Juez:

Atento á lo que resulta del testimonio de f. 10 del informe de f. 5 vta., este Ministerio no se opone á que V. S. declare que la peticionaria tiene la administración de los bienes propios de sus hijos y de la sociedad conyugal.

En cuanto á la autorización solicitada para intervenir en el juicio sucesorio aludido en el escrito de f. 2, el infrascripto reitera lo expuesto en los dictámenes de f. 10 vta. y siguientes y f. 6 vta. y siguientes.

Montevideo, septiembre 12 de 1908.

Abel C. Pintos.

Vistos: De conformidad con el Ministerio General de Incapaces, acuérdase á doña L. L. de B. la administración de sus bienes propios, los de sus hijos y los de la sociedad conyugal con las facultades y limitaciones establecidas en el título VII, sección IV del Código Civil; y

Considerando: que este Juzgado reputa innecesaria la venia del marido como la supletoria de Juez para que la postulante pueda comparecer judicialmente con el fin de aceptar una herencia propia:

1.º Por cuanto concedida á la mujer la administración

extraordinaria, aquélla no tiene otras limitaciones que las que se encuentran expresamente establecidas en el artículo 1955 del Código Civil, siendo de notarse que la referida disposición legal tan sólo exige autorización del Juez para aceptar sin beneficio de inventario una herencia deferida á su marido, de lo que se refiere que aceptándola con beneficio de inventario, puede legalmente la mujer presentarse en juicio á aceptar aquella herencia;

2.º Por cuanto si la mujer puede presentarse en juicio en la forma que se deja establecido, sin autorización del Juez, no existe razón ni motivo legal alguno para que no pueda presentarse sin aquella autorización para aceptar una herencia de carácter propio, máxime que el artículo 1955 ya citado no se lo prohíbe en forma alguna;

3.º Por cuanto los artículos 133 y siguientes del Código Civil rigen cuando el marido está en ejercicio de todos sus derechos y obligaciones en su carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por consiguiente, cuando se encuentra ejerciendo la administración de los bienes de sus hijos, de su mujer y de la sociedad conyugal, pero de ninguna manera, cuando tal administración no la tiene, como sucede en el caso, en virtud del precepto expreso consignado en el artículo 52 del Código Penal;

4.º Por cuanto el artículo 1969 del referido cuerpo de leyes también invocado por el Ministerio General de Incapaces tan sólo es de tenerse en cuenta tratándose de separación de bienes, pero en forma alguna puede traerse á este debate desde que el caso en tela de juicio está regido por disposiciones que pueden reputarse de excepción, por separarse de los principios que reglan las relaciones, derechos y obligaciones durante la existencia de la sociedad conyugal.

En tal virtud, y por los fundamentos aducidos en el escrito de f. 14, se declara que doña L. L. de B. no necesita venia judicial; ni la supletoria del Juez, á los efectos que se expresan en el citado escrito de f. 14. Ejecutoriada esta resolución, expídanse á la interesada los testimonios que solicitase, devuélvanse los recaudos acompañados dejando constancia en autos, y tasadas y satisfechas las costas, archívese.

Montevideo, septiembre 18 de 1908.

Wenceslao Regules.

No es válida la promesa de arrendamiento de un campo pactada por el término de diez años, á correr desde el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento anteriormente estipulado, todavía no vencido.—La disposición del artículo 1756 del Código Civil es evidentemente de orden público y, por consiguiente, no puede trabarse los inmuebles por mayor tiempo que el plazo de diez años en ese artículo establecido, sea que se trate de burlar esa prescripción bajo la forma de un nuevo contrato ó de una promesa de arrendamiento.

LAUDO DE LA MAYORÍA

Vistos en juicio arbitral y para sentencia definitiva estos autos iniciados por la sucesión de T. F. M. contra la sucesión de H. B. sobre limitación del término de un contrato de arrendamiento; y

Resultando: 1.º Que el 14 de diciembre de mil ochocientos noventa y seis don T. F. M. y don H. B. celebraron

un contrato por el cual el primero daba al segundo, en calidad de arrendamiento, un campo en la 3.ª sección del Departamento de Flores, al precio de seis mil ochocientos sesenta y ocho pesos con cuarenta centésimos anuales y por el plazo de diez años á contarse desde el primero de enero de mil ochocientos noventa y siete (escritura de fs. 71 y siguientes);

2.º Que el tres de marzo de mil novecientos cinco celebraron los mismos un nuevo contrato, calificado en la escritura de «contrato de promesa de renovación de arrendamiento», sobre el mismo campo. Se estableció como precio el de ocho mil quinientos ochenta y cinco pesos y cincuenta centésimos por año, y en cuanto al plazo establecióse «que sería el de diez años que empezaron á correr y contarse desde el día primero de enero de mil novecientos siete» (escritura de fs. 78 y vta.);

3.º Que habiendo fallecido posteriormente ambos otorgantes, la sucesión de M. ataca ahora ese contrato en cuanto al plazo, pidiendo reducción de él, á saber: que los diez años no se cuenten desde la fecha que se estableció al efecto en el contrato, sino desde la celebración del mismo, porque éste fué violatorio del artículo 1756 del Código Civil,—habiénndose presentado por ambas partes la prueba y argumentación que contiene el expediente y que en los Considerandos siguientes se examinan;

Considerando: 1.º Que ante todo no puede discutirse que el artículo 1756 del Código Civil es, evidentemente, una disposición de orden público, esto es: una de esas disposiciones en cuyo cumplimiento ha creído el legislador que está interesada la sociedad, hasta el punto de no ser lícito derogarlas por voluntades particulares. Tal resulta: a) de su espíritu evidente, que es sin duda el explicado en la nota del doctor Vélez Sarsfield citada por las partes (fs. 3 á fs. 7), que dice así: «Tanto por una razón de economía social como por no impedir la transferencia ó enajenación de las cosas ó por no embargar la división de las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos mayores de diez años», y b) de la misma sanción en el artículo para el caso de violación; á saber: que el plazo ha de tenerse por reducido al legal. Por consiguiente, lo fundamental de la cuestión, es resolver si el citado artículo 1756 del Código Civil ha sido ó no violado por el segundo de los contratos celebrados;

2.º Que planteada esa cuestión, surge en seguida la consideración de que, si lo que quiere la citada disposición de orden público es impedir que nadie pueda *trabajar* los bienes inmuebles (en el sentido de dificultar ó obstaculizar su transferencia, división, etc.), por más de cierto plazo, es evidente que un inmueble queda igualmente trabado en todos esos sentidos, tanto en el caso de que se le arriende por más de diez años, como de que se prometa arrendarlo por más de diez años, ó con más precisión: lo que hay que atender para saber por cuánto tiempo queda una propiedad en esas condiciones, es *el tiempo que falta para que quede libre*; y si en una promesa de arrendamiento se fijan, por ejemplo, doce años *para que quede libre* un inmueble, éste queda en cuanto á su libertad ó disponibilidad, trabado en las mismas condiciones, exactamente, que si se lo hubiera arrendado por otros tantos años.

Per consiguiente, la *situación de un bien* que ha sido materia de un contrato de esa naturaleza, es sin disputa posible, la que la ley ha querido prohibir;

3.º Que la especialidad y evidente anomalía del segundo contrato, revela ya de manera clara, que al concertarlo las partes, han buscado (ó se ha buscado para

ellas) un modo de violar la ley; esto es: de hacer *válido*, dándole una forma especial, un compromiso que celebrado lisa y llanamente hubiera sido nulo (en cuanto al exceso de tiempo); esto sería ya evidente si no resultara probado de hecho, que fué realmente así. En efecto: de la carta de fs. 24 y 25 resulta que, tanto el signatario señor B., como el representante de M., señor H., (y también el mismo señor M.) *sabían* que su proyectado contrato de arrendamiento por doce años, no se podía celebrar legalmente en la República y sabían cuál era la disposición prohibitiva que lo impedía: «H..... me contestó que tenía orden, pero que le había contestado que no se podía, porque según las leyes del país no se podía hacer por más de diez años, en vista de faltar dos para terminar el que actualmente rige; que en vista de ello tendríamos que establecer la promesa correspondiente». «Entonces le contesté enterado del inconveniente, que establecíamos la promesa que correspondía». Más adelante se expresa que ya se habían cambiado ideas al respecto por los mismos señores B. y M., y, en seguida (f. 25) se entra en una crítica de la ley, calificándose de ridícula su prohibición y haciéndose alusión á la opinión de un abogado que ha hecho conocer al señor B. la interpretación desfavorable al arrendamiento por doce años, proyectado.

No cabe, pues, dudar de que la fórmula empleada para el nuevo contrato fué buscada ó utilizada por los contrayentes para hacer indirectamente lo que sabían que la ley les prohibía hacer directamente;

4.º Que la ciencia del Derecho no es, ó no debe ser, una ciencia destinada á buscar fórmulas más ó menos hábiles ó útiles para violar las leyes, sino al contrario, una ciencia destinada á asegurar su más fácil, recto, simple y seguro cumplimiento;

Que cuando los hombres usan esas fórmulas de habilidad para hacer en el fondo lo mismo que no podrían legalmente hacer si dieran á su acto el nombre y la forma que serían naturales y llanos, resulta una forma de violación de la ley que el Juez debe impedir tanto y hasta más decididamente aún que la misma violación abierta y franca;

5.º Que entendiéndolo sin duda así, la misma parte demandada ha renunciado á basar su argumentación en la sutileza que importa la distinción entre arrendamiento y promesa de arrendamiento; y, reconocido que el contrato de H. importa un verdadero arrendamiento, sostiene la validez de éste basándose en que él no debía durar más de diez años, si bien sólo debe *empezarse á cumplir* dos años después de la celebración;

6.º Que esa distinción, sin embargo, es justamente de la misma índole que la anterior; esto es: una de esas sutilezas que tienden á hacer posible el no cumplimiento de las leyes, y esta conclusión es inmediatamente sugerida por la consideración de que, si dicha tesis se aceptara, admitiéndose como válidos contratos de arrendamiento que hubieran de empezar á ejecutarse después de plazos tan largos como se quisiera, la disposición prohibitiva del Código Civil al respecto quedaría convertida en inexistente de la manera más fácil.

Si, en efecto, dos personas desean celebrar un contrato de arrendamiento por treinta años, celebrarán tres por diez años: el primero, para empezar á correr de inmediato, el segundo para empezar á cumplirse diez años después, y el tercero para empezar á cumplirse veinte años después. Una tesis que, naturalmente y sin la menor violencia, conduce á un resultado semejante, que sería la burla de la ley, tiene forzosamente que ser inadmisibles.

Deben ser, sin embargo, examinados dos argumentos de la parte demandada á este respecto:

El primer argumento es, que no existe disposición legal expresa que prohíba realizar contratos de arrendamiento cuyo cumplimiento no deba ser inmediato, sino ulterior, esto es posterior á la fecha del contrato mismo.

Esta disposición, efectivamente no existe, pero, si, por medio de un contrato de esa naturaleza, no prohibido en sí mismo, *se viene á violar otra disposición prohibitiva real*, el contrato se vicia.

Esta consideración se aplica con toda oportunidad al segundo argumento, que es el que se examina en seguida:

Sostiene la parte demandada—que, tan lejos de ser nulos ó prohibitivos se encuentran los contratos de arrendamiento en que el momento del principio de ejecución no coincide con el de la escritura y le es posterior, que esos contratos se celebran todos los días y tal vez hasta son la regla. (Véase muy especialmente el § IV del alegato de esa parte).

Esta argumentación muestra los peligros del procedimiento habitual de argumentos que consiste en extremar, violentándolas por la exageración, las doctrinas que se consulten; es raro encontrar alguna que no pueda ser falsada por este procedimiento. Las leyes son hechas para ser cumplidas y entendidas humanamente con un criterio natural y de buena fe, no formulista y geométrico.

Nada más natural que si la ley permite arrendar por diez años, se hagan los contratos en forma tal que, precisamente, puedan durar en ejecución los diez años permitidos, porque, como bien lo dice la parte, de otro modo tendrían que durar menos. La diferencia entre todos estos casos y el *sub iudice*, consiste precisamente en que en aquéllos se hacen anticipaciones, se estipulan plazos, etc., para arrendar por diez años, lo que es permitido, en tanto que, en este, se procura que la *traba de arrendamiento* dure más de lo que está prohibido; en otros términos: los expedientes señalados en el escrito se emplean para cumplir la ley (en condiciones humanas), en tanto que el del caso *sub iudice* se empleó para eludir la ley.

No hay tal vez ninguna doctrina cuya aplicación en la práctica sea perfecta: en la realidad, hay que elegir la menos imperfecta; y ésta, casi nunca es extrema y geométrica. En este caso, si se adoptara una doctrina extrema (la que el demandado combate por el absurdo), tendríamos que nunca podría haber arrendamientos por diez años; según la opuesta (la que el actor combate por el absurdo), no habría limitación para los arrendamientos. La solución verdadera, porque es la única humanamente practicable y admisible con naturalidad, es la de permitir pequeños plazos ó anticipaciones en cuanto su objeto sea hacer posibles los arrendamientos ó utilizar todo el plazo legal, pero no plazos ó anticipaciones larguísimas empleadas con el objeto de exceder ese plazo legal;

6.º Que los mismos contratantes reconocieron (carta de f. 24) que no podían hacer *contrato de arrendamiento*, y que por eso justamente, hicieron *promesa*, de manera que, si ahora se admite por la parte que sostiene la validez completa, que no es promesa, sino arrendamiento, viene á procurarse dar validez á lo que, según los mismos contratantes, no la hubiera tenido, y si se admitiera que era sólo promesa, ésta pudo valer como tal, pero hubo de ser ratificada después por contrato que debió hacerse en un tiempo, y no se hizo.

Este hubiera sido el solo medio de que el plazo pudiera ser más largo, á saber: diez años desde la celebración de ese contrato ulterior que se omitió;

7.º Que de los otros argumentos de la parte demandada, algunos son claramente inadmisibles, como los siguientes:

a) Que el precio ha variado en los dos contratos, pero esto no tiene carácter de gran importancia, pues aún en el caso de que la razón de economía social quedara así respetada, no lo habría sido el principal motivo de la ley, que es el de no embargar por más de cierto plazo las propiedades. De otro modo, se podrían hacer larguísimos arrendamientos por el sencillo medio de establecer que cada cierto número de años (f. 3 cada diez) se alterará el precio.

Pero sobre todo, la misma razón de economía social no queda garantida, porque si algo quiso la ley al respecto, fué que los precios de arrendamiento no se fijaran con anticipación mayor que la del plazo en ella establecido.

b) Que en general, se puede contratar para empezar á ejecutar después. Pero aquí se discute el efecto de una disposición prohibitiva especial á los arrendamientos.

c) Que el contrato no impide la enajenación. Es cierto, sin duda; pero la hace más difícil y desventajosa;

8.º Que en cambio hay otros dos argumentos de la parte demandada que deben ser examinados con atención; siendo el primero de ellos el siguiente: Que la señora de M. manifestó en sus cartas su conformidad con el arrendamiento;—pero podría haber cambiado de opinión al conocer de cerca las condiciones; y aunque no hubiera sido así, su actitud al ejercer su derecho ahora, podría ser cuestión de conciencia, pero no cuestión de derecho.

El segundo es el de que los herederos, á la muerte del señor M. sólo quedaban ya obligados por menos de los diez años, pero la sanción (reducción del plazo) establecida en el artículo, no tiene condiciones, y en consecuencia puede ser invocada y ejercido el derecho que ella da, en cualquier momento, por cualquiera que tenga interés en ello.

Por estos fundamentos, el Tribunal arbitral declara que, de acuerdo con el pedido de la parte actora, el contrato de arrendamiento pendiente queda reducido en su exceso sobre el plazo máximo legal, debiendo quedar terminados sus efectos en el día 3 de marzo de 1915, ó sea diez años después del día en que se comprometió el bien en arrendamiento—de acuerdo con el artículo 1756 del Código Civil;—y sin especial condenación en las prestaciones legales.

Carlos Vaz Ferreyra.—C. Sáenz de Zumarán — V. Rodríguez (disconforme por los fundamentos expresados en el proyecto de laudo que se agrega).

LAUDO DE LA MINORÍA

Vistos estos autos seguidos por la sucesión de don T. F. M. contra la sucesión de don H. B. sobre limitación del contrato de arrendamiento de un campo situado en el departamento de Flores, sometidos á la jurisdicción arbitral,—

De estos autos resulta:

1.º Que la sucesión M. interpuso á f. 37 su demanda para que se declarase que el contrato de arrendamiento últimamente celebrado sólo es válido por diez años contados desde la fecha en que se celebró, esto es, el 3 de marzo de 1905 y no el 1.º de enero de 1907 como se esti-

puló en ese mismo contrato, fundándose en que la cláusula tercera del mismo, violaba la disposición del artículo 1756 del Código Civil que prohíbe la celebración de contratos de arrendamiento por más de diez años;

2.º Que por la escritura de arrendamiento de 14 de diciembre de 1896 (f. 77), celebrado entre don T. F. M. y don H. B., se estipuló que el plazo de arrendamiento sería el de diez años á contar desde el 1.º de enero de 1897;

3.º Que pendiente ese contrato, el arrendatario señor B. se dirigió por carta al señor M. proponiéndole su prórroga, dando por resultado el cambio de cartas que obran en el expediente, la celebración de un nuevo contrato con fecha 3 de marzo de 1905, que es el que obra á f. 71;

4.º Que en ese contrato se estipuló por el artículo 3.º que el plazo del nuevo arrendamiento materia de este contrato sería el de diez años, que empezarían á correr y contarse desde el 1.º de enero de 1907;

5.º Que corriendo ese contrato, falleció el señor M. el 21 de febrero de ese mismo año 1907, cumpliéndose por los herederos como consta en las cartas de fs. 100 y 102 en que la señora viuda de M. manifiesta con fecha 16 de septiembre de 1907 y 1.º de febrero de 1908 «que había designado á los señores W. . . . de esta plaza para que representasen á la sucesión en este país, cobrando los arrendamientos del campo que ustedes ocupan», y «he tenido el gusto de recibir los documentos relativos al pago del arrendamiento de los campos que ustedes ocupan en el departamento de Flores por el semestre del 1.º de enero al 30 de junio de 1908»; y

Considerando:

1.º Que los contratos de arrendamiento pactados entre don T. F. M. y don H. B., de fs. 71 y 77, que empezaron á correr el 1.º de enero de 1897 y el 1.º de enero de 1907, primero y segundo respectivamente, fueron por el término de diez años de plazo cada uno, que por consiguiente con esos contratos no se ha violado la disposición del artículo 176 del Código Civil que prohíbe contratarse arrendamientos por más de diez años;

2.º Que los plazos de arrendamiento no se cuentan desde la fecha del otorgamiento de los respectivos contratos, sino desde la fecha en que se estipula que deben empezar á regir;

3.º Que si en vez de ser don H. B. el que contrató el segundo arrendamiento estando pendiente el primero y dos años antes de vencer éste, hubiese sido un tercero, habría podido argumentarse como se argumenta por la parte actora para contar los diez años de arrendamiento, y contemplar la disposición prohibitiva del artículo 1756, que ese segundo contrato no podía empezar á regir sino después de vencido el primero;

4.º Que el artículo citado sólo prohíbe que se contraen arrendamientos por más de diez años; pero no prohíbe ni puede prohibir que se estipule que los arrendamientos de campos en nuestra dilatada campaña, sea porque escasean los campos para arrendar ó porque sean los de clase superior muy solicitados, lo cierto es, que los interesados tratan de realizar los contratos con anticipación y pendientes otros anteriores para que empiece á regir ó á correr el plazo estipulado mucho tiempo después, sin que á nadie se le haya ocurrido sumar el tiempo que falta, para sostener que se ha violado el artículo citado;

5.º Que tan entendió el señor M. que realizaba un segundo contrato de arrendamiento para que empezase á regir cuando terminase el primero, que hasta el 31 de diciembre de 1906 percibió el arrendamiento estipulado en el primer contrato, recibiendo después el primer semestre de 1907 de acuerdo con el precio aumentado es-

tipulado en el segundo, sirviendo ese hecho para explicar la intención que tuvo al otorgar la escritura de 3 de marzo de 1905 (artículo 1275 del Código Civil).

En mérito de estos antecedentes y razones, pronunciamos este laudo declarando: Que se absuelve de la demanda interpuesta á la sucesión de don H. B., siendo las costas de cargo de la parte actora.

Montevideo, febrero de 1909.

V. Rodríguez.

La nueva ley de condena condicional^(a)

Significación y trascendencia

(Continuación)

También en esto se han adelantado á los demás países los de lengua inglesa, dándoles la pauta de lo que hay que hacer. Los norteamericanos no han descuidado jamás este aspecto del asunto. Desde un principio asociaron, como hemos visto, á la suspensión de la condena, el nombramiento del *State agent*, funcionario especial encargado de velar por el cumplimiento de las medidas protectoras adoptadas con respecto á los delinquentes jóvenes, de proponérselas al tribunal como sustitutorias de la cárcel, á cuyo nocivo influjo había que sustraer á aquéllos, y de procurar de todas maneras la restauración de los mismos en la vida honrada. Y de aquí nació poco después (1878) la institución de los *probation officers*, que cada vez más desarrollada y extendida por la mayor parte de los Estados que componen la Unión norteamericana, se ha adherido de tal modo á la condena condicional, é identificándose con su espíritu, que forma el complemento indispensable de ella, y no se comprende allí la una sin la otra.

Interesante é instructivo en el más alto grado, y sobre todo para nosotros los españoles, alejados por lo regular de todas estas cosas, que á lo mejor tomamos por «excentricidades» de más allá del Atlántico, sería un estudio, aun cuando fuese breve, del *probation officer*, de su organización, funciones y resultados del ejercicio de éstas; pero no es posible hacerlo ahora⁽⁴⁴⁾.

(44) De los *probation officers* tratan, aún cuando por incidencia casi siempre, la mayoría de los escritos consagrados á la condena condicional y á su historia. Pero son, naturalmente, publicaciones norteamericanas é inglesas las que dan más y mejores informes. Entre ellas pueden verse: *The probation system of America*, by Miss E. P. Hughes, sin fecha; *Probation officers and the gift of guidance*, sin fecha; *Conditional liberation of prisoners*, 1904; *Methods of prison reform*, 1904; *Methods of penal administration in the United States*, by Edward Grubb, 1904, p. 31 y sig.; *Children's Courts and the probation system*, 1904; *Special Courts for children, probation officers and parental responsibility*, 1905; todas esas publicaciones las ha dado á luz la *Howard Association*, de Londres, en cuyos *Reports* anuales, sobre todo en los de los últimos años (1906 y 1907) hay también noticias aprovechables tocante al particular. Además: *The journal of prison discipline and philanthropy*, órgano de *The Pennsylvania prison Society*, publicación anual, especialmente el número de 1904, p. 31 y sig., 46 y sig.; *The reformatory system in the United States*, report preparado por S. J. Barrow para el Congreso penitenciario internacional de París, Washington, 1900, *passim*; *Penological and preventive principles*, by William Tallack, 2.ª ed., Londres, 1896, *passim* y sobre todo el cap. XIX, p. 404 y sig.

Me contentaré con decir que va convirtiéndose, la de *probation officer*, en una profesión normal, pública, regulada por la ley y retribuida⁽⁴⁵⁾, y que pueden desempeñarla personas de ambos sexos⁽⁴⁶⁾.

Cuando yo escribí el librito titulado *Bases para un nuevo derecho penal* (Barcelona 1902), donde se concibe la hoy denominada función punitiva de un modo bastante distinto de aquel como tradicionalmente se viene ejerciendo, decía⁽⁴⁷⁾ que la nueva función requiere órganos nuevos para desempeñarla, órganos que, por falta de nombre usual, llamaba yo médicos sociales ó penales, ó bien tutores, que serían los que reemplazasen á los actuales jueces. Pues bien; los *probation officers* representan (muy imperfectamente, sin duda, pues aún no hay un procedimiento para la formación y educación especial—que también yo pedía—de tales funcionarios) el primer asomo de semejanza acción tutorial y la manifestación primera de una obligación, antes desconocida, que la sociedad comprende que ha de pesar sobre sus hombros, y cuyo desplegamiento y ramificaciones en el porvenir ¡sabe Dios hasta dónde llegarán!

Todos cuantos se ocupan ó se han ocupado de la novísima y ya tan generalizada institución de los tribunales especiales para delincentes menores de edad,⁽⁴⁸⁾ convienen en el carácter protector que el funcionamiento de los mismos reviste, y están contestes en reconocer, aunque no tengan noticia de ellas, la verdad de las siguientes palabras de M. Juhiet, que resumen el espíritu de la institución nueva y su contraste con los tribunales penales al modo antiguo: «El juez de los muchachos es un tutor á quien la sociedad confía el cuidado de éstos. Su misión no consiste en castigar á un culpable⁽⁴⁹⁾ y pasar en seguida á otra causa, sino en hacer el diagnóstico de una enfermedad y dirigir un tratamiento durante meses ó quizá durante años⁽⁵⁰⁾».

Ahora, el juez de muchachos y el *probation officer* se hallan, en cuanto á esto, bajo una piel de igualdad. Sus funciones son análogas, complementarias y cooperadoras, como pasa con las de los médicos y los enfermeros. Ambos quieren rescatar y fortificar el espíritu de ciertos sujetos necesitados de ello, por hallarse en peligro mo-

ral. Ambos son, más que jueces que castigan y policías que persiguen, por lo que conviene huir de ellos, amigos que protegen y consuelan⁽⁵¹⁾ y guías que dirigen, y cuya conveniente compañía es bueno buscar⁽⁵²⁾.

Ahora hay que añadir que el nuevo sistema, nacido y desarrollado allí mismo donde naciera la condena condicional y donde tantas otras cosas análogas han tenido también su origen, después de haberse mantenido extraño á las costumbres y á las leyes europeas (igual que ocurría en un principio con la propia condena condicional), ha hecho al cabo su irrupción en las mismas. Los ingleses venían ya hace tiempo preconizando esta innovación. Sobre todo la *Howard Association* no ha descansado hasta conseguirla. Primero la estudió bien, incluso enviando á su secretario (á la sazón Mr. Grubb) en 1904 á los Estados Unidos, para que se enterase personalmente del modo de practicarse la condena condicional con los *probation officers*, é informase sobre ello á la *Association*⁽⁵³⁾; y luego de resolverse por su conveniente trasplante a Inglaterra, la ha solicitado sin cesar. Sus esfuerzos, ayudados por los de alguna otra sociedad análoga⁽⁵⁴⁾, han obtenido por fin, y bien pronto por cierto, un resultado satisfactorio. Es el que representa la ley de 21 de agosto de 1907, donde el sistema americano de la condena condicional con el complemento de los *probation officers* hace su aparición por primera vez en el mundo antiguo.

La ley inglesa tiene, en efecto, diferentes disposiciones, que comprenden larga parte de su texto, relativas á los *probation officers* ó tutores de los delincentes sometidos á prueba por hallarse en situación de libertad vigilada. Esos *probation officers* están considerados por dicha ley como auxiliares de los tribunales y ejecutores de sus proveídos, y por eso son nombrados y pagados por ellos, y ellos también pueden relevarlos de su cargo y sustituirlos con otros *officers* cuando lo crean oportuno las circunstancias (v. g., la muerte) lo impongan. Para el desempeño de tal función pueden ser elegidas personas de ambos sexos. La ley declara las categorías de individuos sobre los que puede recaer la elección, pero autoriza á los tribunales para prescindir de estas reglas de nombramiento cuando lo estimen oportuno. De todas maneras, habrá, siempre que sea posible, unos tutores especiales para los delincentes menores de diez y seis años, tutores que se designarán, según dispone la ley (sec. 3.ª, cláusula 2.ª), con el nombre de *Children's probation officers*. La misión de todos los cuales la especi-

(45) La ley del Colorado, por ejemplo (ley relativa á la protección de los delincentes menores), les asigna (en su sección 8.ª) hasta 1,200 y 1,500 dólares de sueldo anual, con un sobresueldo de 300 y 500 dólares, respectivamente, para gastos diversos.

(46) En Filadelfia, todos los *probation officers* son mujeres. Y es que, como dice el citado *Journal of prison discipline* (de 1904, página 46), una obra como la que dichos funcionarios han de cumplir es obra de afección maternal, de inteligencia y amor, donde las fuerzas de las mujeres pueden ser muy bien aprovechadas.

(47) Véase, sobre todo, el cap. V y el *Post scriptum*.

(48) La literatura tocante á este asunto también ha crecido en proporción paralela; podemos calificarla ya de abundantísima, habiendo comenzado hace ya pocos años (el primero de dichos tribunales empezó á funcionar en 1899). Pero ofrece muy poca novedad y variedad; los respectivos autores se copian unos á otros, y repiten todas las mismas cosas. Lo mejor y más autorizado respecto del asunto sigue siendo, creo yo, el volumen *Children's Courts in the United States, their origin, development, and results*, conjunto de monografías relativas á los principales tribunales para niños existentes en los Estados Unidos; monografías escritas por diferentes autores de singular competencia, y reunidas y ordenadas por Samuel J. Barrow, miembro de la *Comisión penitenciaria internacional* en representación de los Estados Unidos, para ser presentadas á dicha Comisión, Washington, 1904.

(49) O señalarle la pena merecida y declarar en suspenso su ejecución, cosas equivalentes por el aspecto que estudiamos ahora.

(50) Véase el trabajo de este autor, *Tribunales especiales para menores; su historia y organización en los Estados Unidos* (París, 1906), reproducido en varios sitios y recomendable como un buen resumen.

(51) La citada ley del Colorado dispone (en la sección 9.ª) que la inspección que el *probation officer* ha de ejercer sobre los menores confiados á ella ha de ser una inspección amistosa. Y la reciente ley inglesa enumera entre las obligaciones de los *probation officers*, con respecto á los reos sometidos á prueba, la de advertirles, asistirles y tratarlos como amigos, y en caso necesario, hacer lo posible por encontrarles trabajo honrado (sección 4.ª, apartado d). ¿Puede darse una señal más clara que ésta de lo que será, acaso no tardando, la función social que en el porvenir reemplazará á la que desde antiguo viene ejerciendo la llamada administración de la justicia criminal?

(52) Así se comprende un hecho verdaderamente incomprensible, dados los conceptos que en estos casos son aún los dominantes: el hecho de que, en los Estados Unidos, no pocos muchachos delincentes y en peligro moral vayan ellos mismos á presentarse al juez que saben les acoge paternalmente y es para ellos un amable protector.

(53) El folleto ya citado, *Methods of penal administration*, etcétera, contiene el informe sobre este y otros extremos.

(54) Como la *Church Army*, la cual ofreció, ya á fines de 1905 y principios de 1906, al Ministro del Interior, que ella le proporcionaría doce personas habituadas á ejercer de *probation officers*, sin remuneración alguna. El Ministro parece que acogió favorablemente el ofrecimiento, y fué, por tanto, un anticipo de lo que después ha sido implantado legalmente.

fica la ley misma, diciendo (sec. 4.^a) que les corresponde, bajo la dirección del tribunal: a) visitar ó recibir informes relativos á las personas á quienes están encargados de vigilar, con la frecuencia conveniente, ya esté determinada, ya no, en la providencia del tribunal; b) enterarse de si estas personas cumplen las condiciones bajo las cuales se les ha concedido la libertad; c) dar cuenta al tribunal de la conducta que observen; d) amonestarlas, ayudarlas, tratarlas amigablemente (*befriend him*, dice la ley), y, en caso contrario, esforzarse por encontrar para ellas una ocupación honrada.

Están bien terminantes las nuevas orientaciones sobre el ejercicio de la función penal que se nos van metiendo por las puertas y que nos acosarán, quién sabe si muy pronto, de tal manera, que no podamos vernos libres de ellas y de rendirles tributo? (55)

Pues ya apuntan también en otros pueblos europeos que no son Inglaterra. M. Rollet, miembro de la Sociedad de Patronato de la infancia, de París, y su señora, inspirándose en la práctica norteamericana, empezaron hace muy pocos años, hacia el 1905, á pedir y á obtener (como aquellos ciudadanos caritativos del Massachusetts de que hemos hecho mención), de los tribunales parisienses, que les fuesen entregados, en concepto de guarda ó tutela, los menores llevados ante los tribunales y reconocidos por éstos como delinquentes. Hecha la entrega, los tutores colocaban al joven delincuente, no en ningún establecimiento de educación ni en poder de una tercera persona (como la ley de 19 de abril de 1898 manda hacerlo), sino en la propia casa y con la propia familia del muchacho, pero advirtiéndole á ésta que sería objeto de una vigilancia particular y que, de conducirse mal el muchacho, podría el patronato, haciendo uso de la decisión judicial, retirarle del medio deletéreo en que vivía y colocarlo, bien en una familia honrada del campo, bien en una escuela de preservación. Para ejercer la correspondiente vigilancia sobre la familia del menor y sobre la conducta de éste, el prefecto de policía de París puso á disposición del patronato de la infancia y la adolescencia un inspector elegido especialmente de entre los tutores huérfanos (56). Bien pronto fueron destinados al nuevo servicio tres de estos tutores ó vigilantes (57), y el sistema, aunque no por prescripción legal, sino más bien por

práctica fuera de ley, cobró gran importancia. La *Société générale des prisons*, de París, lo hizo objeto, según su costumbre, de detenido estudio, consagrándole las sesiones mensuales de abril y mayo de 1907, durante la discusión de las cuales (58) se pudo observar: 1.º Que el procedimiento de conceder la libertad vigilada (ó sea el *probation system* americano), aun cuando sólo á los menores de edad (59), no á los adultos, es una costumbre fuera de ley, no contra ley, y hasta cierto punto según ley, generalizada en París desde hace unos cuantos años (desde 1892). Uno de los que han contribuido á introducirla ha sido el juez de instrucción del tribunal del Sena, M. Albanel (60), precisamente el encargado de presentar ante la dicha *Société* la Memoria sobre *Los tribunales para menores y la libertad vigilada*, que formó la base de la discusión referida. 2.º Que la innovación ha podido hacerse sin una ley nueva y sin oponerse á las vigentes, aunque completándolas y corrigiendo sus defectos. 3.º Pero que para consolidarla y ampliarla, convendría alguna intervención legislativa, ora por ley verdadera, del Parlamento (como creían necesario algunos), ora por una simple circular ó por un decreto del correspondiente ministro (con lo que sería bastante, según otros, y entre ellos el propio M. Albanel). Por último, en el séptimo Congreso nacional francés de patronato de los libertos y de los muchachos llevados ante la justicia, se ha mostrado claramente la inclinación á lograr que á la condena condicional vaya asociada la vigilancia de los liberados condicionalmente, encargando de esa vigilancia á los miembros de las sociedades de patronato y de los dichos Comités de defensa de muchachos procesados, quienes ejercerán de *probation officers* de éstos. (V. *Rev. pénit.* XXXII, páginas 92-93 y 102-104.)

Hay que advertir también que en Roma ha empezado á funcionar hace poco (su misma ley de condena condicional es reciente, pues fué promulgada, como se recordará, en 1904) el sistema de los *probation officers*, aun cuando con carácter privado. Una señorita inglesa, perteneciente á la junta ejecutiva de la *Howard Association*, Miss Bartlett, que ha dedicado varios años á visitar las prisiones de Italia, ha conseguido, después de una propaganda constante, formar, á partir del 10 de mayo de 1906, una Sociedad de personas consagradas á ayudar el ejercicio del *probation system* en dicho país, ofreciéndose como *officers* voluntarios y gratuitos. Forman parte de ella y han auxiliado á la fundadora el señor Calabrese, fiscal en aquella ciudad, y el duque de Torlonia, alcalde á la sazón de la misma. El municipio romano y el gobierno prestan también su cooperación, aun pecuniaria, y los tribunales de justicia, que hasta han puesto á disposición de la Sociedad unas habitaciones que le sirven de sede, envían semanalmente á la misma una lista en que constan los nombres, domicilios y otros particulares relativos á los menores á quienes les ha sido aplicada durante la semana la condena condicional. Se trata de hacer lo mismo en otras ciudades. (61)

(55) Como antecedente para ello, podríamos aprovechar nosotros la idea y función que á los cabos de vara (llamados celadores hoy) de nuestras prisiones atribuye el reglamento de 5 de septiembre de 1844 para el régimen interior de los presidios. Los *probation officers* son unos verdaderos celadores de ciertos sujetos peligrosos. Ahora, el citado reglamento (recordado por una real orden de 24 de enero de 1908 sobre inspección de servicios penitenciarios) dice, con otras cosas, lo siguiente: «Con buenos cabos, se previenen los delitos, se evitan castigos, se disminuyen y cortan las deserciones. Nada malo en ningún sentido puede ejecutarse el penado sin que ellos lo trasluzcan y penetren, porque conocen sus inclinaciones, genio, índole y propensiones: su roce y permanencia continua entre ellos les pone al alcance de sus intenciones; y no basta toda la sagacidad, astucia ó hipocresía que los penados poseen, para engañar la vigilancia de un buen cabo. Por eso, para la elección de éstos se necesita gran circunspección, prudencia y tino...»

(56) V. la *Revue pénitentiaire*, de París, t. XXX, 1906, ps. 452-53 y 757, que presenta el sistema como una importante innovación, en Francia, recomendando su adopción en provincias, al ejemplo de París, y aprovechando para ello los servicios de beneficencia y los de los municipios. V. también el t. XXXII, 1908, ps. 451-52, donde el mismo M. Rollet da cuenta al Comité de defensa des enfants traduits devant la justice (sesión de 12 de febrero último) de su procedimiento.

(57) V. *Crime and its treatment*, Report of the Howard Association, de Londres, correspondiente á 1906, p. 14.

(58) V. *Rev. pénit.*, t. XXXI, 1907, ps. 573 y siguientes; 722 y siguientes.

(59) Que según el art. 66 del Código Penal francés comprende á los menores de diez y seis años, pero una ley de abril de 1903 ha extendido la minoridad penal hasta los diez y ocho años.

(60) El cual, con otros cuatro de sus compañeros, MM. Jolly, Donion, Rotty y Larcher ha sido designado recientemente (en 1907) para conocer con el carácter de magistrado especial en los asuntos penales concernientes á los menores. Es la introducción—también sin ley, por mera práctica é iniciativas judiciales—de los tribunales para niños entre nuestros vecinos los franceses.

(61) Véase *The report of the Howard Association*, de 1906, 15, y 1907, 70.

El primer paso está dado; tras él vendrán otros que consoliden y aclimaten el sistema, hasta que llegue á convertirse en un elemento tan indispensable á la vida social y á las convicciones colectivas europeas, como puede serlo á las norteamericanas. Y ¿qué quedará entonces de los sistemas de administración de justicia penal á que estamos todavía muy adheridos?

Otro canon rompe también la condena condicional: el de la legalidad de las penas, con la consiguiente prescripción del arbitrio judicial. Como la pena, en cuanto retribución y expiación del delito cometido, es un verdadero mal para el que la sufre, el derecho penal del liberalismo, en oposición al del «antiguo régimen», había logrado impedir, y de ello se ufanaba, que los juzgadores pudiesen á su discreción imponer ó remitir penas, agravarlas ó aminorarlas, y hacer, en suma, lo que mejor les pareciese. Huyendo de lo que sucedía antes del período revolucionario liberal, se procuró someter á reglamentación legislativa minuciosa cuanto á la administración de la justicia criminal se refiere, pues sólo de esta manera se consideraba posible el respeto de la libertad y la igualdad de los ciudadanos (derechos que se decía intangibles) y se ponía á éstos á cubierto de la «ignorancia ó la malicia de los juzgadores».

Más ahora las cosas cambian forzosamente. La condena condicional, aún donde se halle peor organizada, no puede menos de ser, como se ha visto, una institución tutelar y preventiva, cuyo objeto es impedir la reincidencia de ciertos sujetos. Su aplicación, por lo tanto, requiere un cálculo previsor, que no puede dar hecho la ley por mucho que lo pretenda, sino que ha de ser obra personal de los jueces; como obra personal y discrecional de los mismos tiene que serlo también la consiguiente concesión ó denegación de la libertad condicionada.

Con lo que se hace imposible seguir sosteniendo la necesidad de poner trabas, cuántas más en número y en fuerza, mejor, á los Jueces penales, ligándoles las manos de tal modo que no les quede movimiento alguno libre; y por hacerse imposible esto, no hay otro recurso que admitir la pugna lógica, entre la condena condicional y sistema penal reinante, al cual, sin embargo de ser su enemigo, se le adosa.

¿Se han fijado en esta particularidad nuestros legisladores? Es ella demasiado saliente para que pudiera pasar inadvertida. Por eso quizá — aunque también por otras razones, y entre ellas el tener la innovación por un gran atrevimiento, — dada la necesidad de encontrar un término medio, que comprometiese algo, sí, pero poquito, el conde de Torreánaz, en el ya mencionado proyecto, daba el consejo siguiente (consejo, acaso, porque hubiera sido hasta ridícula una prescripción terminante y formal): «Nuestros tribunales usarán con *parcimonía* (62) de

la autorización que se les entrega». Y por eso también el marqués de Figueroa, sin servirse explícitamente de la palabra que su antecesor hubo de emplear, la repite de un modo implícito, puesto que afirma tener la reforma un limitado alcance y que sólo es introducida «por vía de ensayo». Así y todo, la ley no ha tenido otro remedio sino reconocer de una manera clara, desde su artículo 1.º (63), el arbitrio de los tribunales para la concesión de la condena condicional.

Con cuyo manejo, parece inútil decirlo, se hacen dueños los mismos, siquiera en buena parte, de la prerrogativa del indulto.

(Continuará)

P. DORADO,

Colaborador de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º II.—AÑO XV

ESTUDIO SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA CONDICIÓN, por M. Amedée Leloutre, pág. 161.

JURISPRUDENCIA:

Es innecesaria la venia del marido ó la supletoria del Juez para que la mujer casada, cuyo marido se halle en la Penitenciaría sufriendo una pena, pueda comparecer en juicio con objeto de aceptar una herencia propia, una vez que le haya sido acordada la administración extraordinaria de los bienes (artículo 1955 del Código Civil).

Las disposiciones de los artículos 133 y siguientes y 1969 del mismo Código no son aplicables en el caso, pág. 168.

No es válida la promesa de arrendamiento de un campo pactada por el término de diez años, á correr desde el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento anteriormente estipulado, todavía no vencido. La disposición del artículo 1756 del Código Civil es evidentemente de orden público y, por consiguiente, no puede tratarse los inmuebles por mayor tiempo que el plazo de diez años en ese artículo establecido, sea que se trate de burlar esa prescripción bajo la forma de un nuevo contrato ó de una promesa de arrendamiento, pág. 170.

LA NUEVA LEY DE CONDENA CONDICIONAL.—Significación y trascendencia, por P. Dorado, pág. 173.

(63) Y á pesar de la nueva acometida de escrúpulos legales que supone el real decreto de 23 de marzo último.

(62) «Para no dar de bruces», pudo añadir.—La citada ley del Colorado al revés, dispone de un modo expreso, todo lo contrario. «Esta ley—dice la sección duodécima de la misma—deberá ser interpretada ampliamente, á fin de conseguir su intento, que es . . . el de que todo menor delincuente sea tratado, hasta donde sea posible, no como un criminal, sino como un mal aconsejado, desviado y menesteroso de ayuda, de aliento, de guía y de asistencia». Es un contraste denudador del distinto ambiente social á que uno y otro consejo legislativo responden; es también un contraste representativo del valor que se atribuye á los dos opuestos sistemas penales á que repetidamente se ha hecho referencia y que seguirán disputándose el predominio (Dios sabe hasta cuándo).

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

D E

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constan, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero, Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Mendilaharsu, Domingo.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.

Dr. Roubaud, Eduardo.
» Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isafas.

Dirección: CALLE ZABALA, num. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 28 DE FEBRERO DE 1909

NUMERO 12

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario ⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

CAPÍTULO I

Parte expositiva y doctrinaria

SUMARIO: 1.—Consideraciones generales.—2. Ojeada retrospectiva.—3. La pena de prisión según nuestras leyes.—4. La pena de penitenciaría; sistemas de arquitecturas y sistemas penitenciarios.—5. Nuestro sistema.—6. La nueva cárcel.

La prisión es tan antigua como el hombre. Los más remotos anales hacen alusión á esa forma de castigo, que en la actualidad tiende á desalojar todos los otros. Los hebreos destinaban para ese fin las cisternas agotadas;

(1) Una circunstancia casual, ha puesto en nuestras manos el importante trabajo que empezamos á publicar, elevado hace algunos años á la Universidad, por su autor, hoy profesor de materia penal de la Facultad de Derecho.

LA DIRECCIÓN.

los egipcios, las pirámides; los siracusanos, las canteras abandonadas, llamadas *latomia*, y los romanos, empleaban desde las canteras *lapidicimae* hasta las construcciones *ad-hoc*, que según la mayor ó menor severidad del régimen y la condición social de las personas para quienes se reservaba, tomaban, ya el nombre de *carceres*, ya de *male mansiones* ó ya de *ergastulum*.

Pero si la prisión es antigua, el concepto racional y verdaderamente científico del fin que está destinada á llenar, es relativamente moderno.

Las cárceles fueron primitivamente lugares de tortura. Bajo el imperio de las ideas expiacionistas primero y de las ejemplaristas después, se buscaba ya el sufrimiento por el sufrimiento, *quia peccatum est*,—ya el sufrimiento para la intimidación del delincuente, *sed ne peccetur*.

El hambre, la sed, la falta de luz y de aire, los castigos corporales, la confusión de las clases, verdadera asfixia moral, se agregaban á la privación de libertad para conseguir tan extraño resultado. En las prisiones francesas hasta los comienzos de la Revolución, la guarda de los prisioneros se hacía con ayuda de perros amaestrados, los que á la menor insinuación de los vigilantes se lanzaban furiosamente contra aquéllos.

El carácter de la prisión ha variado en nuestros días; lo que se exige de ella no es ya atemorizar por las acciones del sufrimiento, sino reformar al delincuente; de instrumento de suplicio y de venganza pública, se ha convertido en institución de reforma moral. Es posible

que no se haya logrado el *desideratum*, y que la observación que hace ya algunos años formulaba Tocqueville, diciendo que las prisiones habían perdido su carácter atemorizante, sin llegar á ser reformativas, sea todavía exacta en el fondo; mas no puede haber duda que es este el fin á que se tiende sistemáticamente en la actualidad.

El primer impulso de esta generosa innovación en el régimen carcelario se remonta á muchos lustros. Como ocurre con todas las cosas magnas de la historia, son varios los que se disputan la paternidad. El Catolicismo ha sido el primero en reivindicar para sí el honor de esa gran reforma; parece efectivamente que allá por los albores del siglo VI, el anacoreta Juan Climaco ideó la reclusión celular, para reemplazar á la grosera pena de mutilación con que hasta entonces se castigaban los desórdenes graves de los religiosos: se le llamaba *domus semota*. Esta pena fué adoptada por la comunidad de San Benito en el solemne capítulo de Aix la Chapelle, verificado el año 817.

Los protestantes, por su lado contestan ese derecho y pretenden, tal vez con razón, que las primeras cárceles celulares, que merezcan con justicia ese nombre, se fundaron en un país protestante y en un ambiente sobresaturado de aspiraciones humanitarias, por el impulso de la nueva fe. Es innegable que á mediados del siglo XVI existían ya en Amsterdam, dos prisiones, una para hombres y otra para mujeres, de carácter correccional, y que á principio del siguiente se habían extendido por toda la Holanda y parte de Alemania. La primera prisión, del mundo católico, data en cambio de 1703, y fué mandada construir por Clemente XI, inspirado por el monje Mabillon, el cual, según el distinguido escritor Biffi, fué previamente asesorado por el humanitario sacerdote milanés, Felipe Franchi.

Algunos años más tarde, Clemente XII, hizo levantar otra prisión análoga para mujeres. Secundaron este movimiento, posteriormente aunque á largos intervalos, en Italia, María Teresa con la cárcel celular de Milán, y en los Países Bajos el conde Vilain XIV.

Estos son los antecedentes de la prisión correccional, en el dominio de los hechos, pero también los tiene y muy difundidos en la esfera de las ideas. Pocas reformas serán quizás las que se presenten mejor cimentadas en la doctrina que la de que se trata. Basta citar los nombres prestigiosos de Mirabeau, Voltaire, Servan y Lucas en Francia, Howard y Bentham en Inglaterra, Beccaria en Italia, Roeder en Alemania, Sanguet y Tallada en España,—por no mencionar sino los primeros entre los primaces,—para convencerse de ello.

La prisión entre nosotros ha pasado también por esas dos fases: sólo desde el año 89, con la construcción de la actual penitenciaría, inauguramos francamente el período correccionalista. Hasta entonces la cárcel fué aquí, lo que ha sido en todas las naciones, en los comienzos de la evolución penitenciaria: un mero recurso penal, donde iniciaba el delincuente su derrumbe físico, y completaba su derrumbe moral. No había separación de clases ni de categorías: el mismo patio, el mismo calabozo, servía para alojar al prevenido y al penado, al joven y al adulto, al asesino feroz y al tímido ratero. Aparte de esta carencia de higiene física y moral que era fenómeno permanente en nuestra prisión, el carácter más ó menos humanitario de los hombres de gobierno, hacía que éstas oscilaran entre simples lugares de seguridad y verdaderas cámaras de suplicio.

Se empezó en nuestro país, por alojar los presos en las bóvedas de la antigua *Ciudadela*: hasta esa época, se

remonta el más viejo recuerdo histórico que nosotros hemos podido obtener, consultando papeles é interrogando personas. Como en las cárceles españolas de aquella época, la caridad pública proveía generalmente de ropa y de sustento á los penados, con la irregularidad que es de presumirse.

Más tarde, fueron trasladados al Cabildo, hoy Jefatura Política. En la planta baja del edificio, por el lado de la calle Sarandí, estaban los calabozos, las *crugias*, como se les designaba en el vocabulario de entonces. Unas ventanas defendidas por fuertes barrotes de hierro, permitían al preso pasear su mirada por la calle, y dejaban al transeunte columbrar débilmente en las sombras del calabozo su cara patibularia. Esta comunicación daba origen á una insólita forma de mendicidad carcelaria. Como las ventanas estaban demasiado altas, para que el recluso pudiese dirigirse al caminante implorando la caridad, se le llamaba la atención en ese sentido pasando una caña por entre los barrotes de aquélla, al extremo de la cual colgaba una bolsita destinada á recoger el producto de la limosna. El transeunte caritativo, dejaba allí unos centavos, los mismos que el preso recogiendo la caña depositaba en sus bolsillos.

Cada penado tenía su caña, y la pesca duraba regularmente todo el día.

Durante la dictadura del coronel Latorre fueron nuevamente trasladados á un edificio de la calle del Yi, donde hoy se halla precisamente establecida la cárcel preventiva y correccional. Sabido es que con su construcción á ese nuevo edificio y la instalación del famoso taller de adoquines se abrió el período quizá más vergonzoso de nuestra historia penitenciaria. No nos corresponde á nosotros hacer el relato de las crueldades y tormentos de que fué víctima entonces el penado: bástenos decir que ese período caracteriza en nuestra historia la faz ejemplarizante, á base de terror, en la evolución de la pena.

El primer ensayo, en el sentido de utilizar las fuerzas del penado, parte desde entonces: los presos eran empleados en labrar adoquines, en el interior de la cárcel, y en los trabajos de pavimentación de las calles, fuera de ella.

Esta reforma sería plausible si se hubiese discernido entre el prevenido y el penado, y la hubiera inspirado otro móvil que el de dominar por el rigor.

Este período siguió hasta el gobierno subsiguiente, en que se iniciaron los primeros trabajos para la construcción de la actual penitenciaría.

Esta es la historia, á grandes rasgos, de nuestras prisiones. Seríamos inconsecuentes con el plan hasta aquí seguido si dejáramos de mencionar las tentativas que se han hecho en el país por hombres eminentes, á fin de poner término al régimen ominoso é irracional de la promiscuidad carcelaria. Esas tentativas consisten en dos exposiciones, una presentada en marzo de 1863 al Gobierno de don Bernardo Berro por una Comisión de jurisperitos que presidió el doctor don Joaquín Requena, y la otra en agosto de 1881, á la Comisión rectora del Código Penal por los señores Jacobo Varela y José Vicente Villalba. En el primer trabajo se proponía el sistema penitenciario de Auburn, y en el segundo, el de la reclusión celular continua, atemperado por las visitas frecuentes del alto personal de la cárcel y de las personas caritativas. Este régimen es el que los partidarios del sistema filadelfiano modificando parcialmente sus vistas bajo los rudos ataques de la escuela de Auburn, implantaron en 1827 en la cárcel de Cherry Hyll y de donde pasó á Bélgica, gracias á los esfuerzos del

ilustre Dupeitiaux. Todavía rige en este país, y á su fiel aplicación débese el que sus cárceles, con toda justicia, se citen como modelos de instituciones penitenciarias.

Antes de examinar más al detalle las condiciones de nuestro régimen carcelario, diremos algo sobre la división que sufre esa pena en nuestras leyes. Tenemos dos grados, dos modalidades de prisión según el Código Penal: la pena de penitenciaría que se extiende entre dos y treinta años; y la prisión correccional, que tiene por máximo dos años y por mínimo tres meses.

En el Código de Instrucción Criminal, en esa parte derogado por el Código precedente, existe una gradación semejante. Las penas leves, cuyo máximo es quince días de prisión; la pena correccional que se extiende hasta seis meses, y la pena corporal que excede este límite. Esto por lo que toca á la división de la pena: su ejecución es objeto de disposiciones especiales. El Código establece que la pena de penitenciaría se debe sufrir en una cárcel de índole apropiada, cuyo régimen determina cuidadosamente. Respecto á la pena de prisión correccional, el artículo 39 prescribe que debe cumplirse en cárcel que no sea penitenciaría. Esta disposición es asaz parsimoniosa y no permite darse cuenta del verdadero carácter que inviste aquella pena. De la prisión menor de tres meses, no dice nada. Esta omisión y aquella vaguedad serían defectos capitales del Código, si no fuera evidente que sus autores no han querido adelantarse inoficiosamente á su época, disponiendo reformas que era difícil incorporar á las instituciones positivas, y que no hubieran tenido otro resultado, que el de quebrantar en el espíritu público una vez más el imperio y la majestad de la ley. La reglamentación de esas penas debía imponer necesariamente la construcción de nuevas cárceles que es problemático que el Gobierno hubiese querido tomar á su cargo. Los apuros del Tesoro nunca son mayores que cuando se trata de obras de esta naturaleza. Buena prueba de que esa y no otra fué la causa de que la Comisión de Código pasara por alto una cuestión tan importante, es que el doctor don Joaquín Requena, eximio miembro de ella, presentó un proyecto que más adelante examinaremos, sobre el régimen de la prisión correccional, que desfiló con otras muchas proposiciones sin dejar huella de su paso en la ley.

En el hecho, la pena de prisión se cumple bajo el régimen deplorable de la comunidad. Hay cárceles departamentales y una central, en Montevideo. En las primeras purgan sus delitos los condenados á menos de dos años por abigeato, riñas, injuria, estafa, hasta tentativas de homicidio y algunas otras transgresiones penales que se mencionan en el artículo 52 del Código de Instrucción Criminal, cuando se han cometido en los departamentos. A la segunda se envían todos aquellos sobre quienes pesa una condena, también menor de dos años, emanada del Juez correccional, por delitos no graves, verificados en el departamento de Montevideo ó por delitos graves, ejecutados en campaña, con excepcionales circunstancias de atenuación.

En la Capital se hace una distribución según que los condenados á prisión lo sean por más ó menos tiempo de tres meses; en el primer caso son remitidos á la Correccional, en el segundo, se les interna en la cárcel central de policía, donde también se alojan los detenidos por orden de los jueces civiles, en las causas de concurso y quiebra, y los detenidos á solicitud de los cónsules extranjeros.

Una encuesta practicada por nosotros en las cárceles departamentales y la constatación de visu en la Correccional, nos permite afirmar categóricamente, que el estado

de ellas es en general deplorable. En todas ellas la promiscuidad es la regla. La única separación que hasta ahora se practica es la de los sexos, y ésta en algunas prisiones es bien deficiente: desde sus respectivos patios los hombres y las mujeres se ven y se oyen, y eso basta para trastornar el orden de la cárcel.

Los prevenidos duermen en la misma sala, comen en el mismo refectorio y toman el sol en el mismo patio que los penados; y los jóvenes se codean con los adultos. Todos los días vemos en la Cárcel Correccional, no sin cierta tristeza, jóvenes adolescentes, de fisonomía simpática en la que el vicio no ha logrado aún estampar su característico sello, compartir alegremente la sociedad de los veteranos del crimen. Algunos sólo tienen quince años; otros no alcanzan esa edad. ¡Extraña manera de reformar á un niño, lanzado á la pendiente del crimen por la funesta influencia de una mala educación!

Hemos dicho que la pena de penitenciaría es objeto de una reglamentación especial por parte de la ley; nos ocuparemos de ella y de la cárcel celular en que se aplica, mientras llega el momento de dedicar nuestra atención al régimen de la prisión simple.

Hace ya largo tiempo que empezaron en el país los trabajos para la construcción de una cárcel penitenciaría. Los hechos siguen á largo trecho á las ideas entre nosotros: nos cuesta mucho menos concebir que ejecutar.

En 1862 ya se había pensado seriamente llevar á cabo esa importante reforma. Con fecha 19 de mayo de ese año, la Cámara, en efecto, dispuso la construcción de una penitenciaría y votó los fondos necesarios para ello. Un decreto de 2 de diciembre de 1862, fijaba su ubicación en unos terrenos fiscales próximos al Cementerio Central. Complicaciones administrativas, de que no hay por qué ocuparse, impidieron dar cumplimiento á la ley: esos fondos, así como los nuevamente asignados por decreto de 10 de diciembre de 1867, fueron destinados á otros fines. La penitenciaría quedó en proyecto. Pasaron largos años sin que se agitara más esa cuestión; la idea parecía absolutamente perdida; otras preocupaciones mantenían sofocada la reforma. Este interregno duró hasta el 12 de diciembre de 1882. Con esa fecha el Poder Ejecutivo, en acuerdo de Ministros, dispuso la construcción de dos cárceles, una *preventiva* y otra *penitenciaría*.

La idea de tener una cárcel de prevenidos, aunque laudable en el fondo, era un poco prematura; el Gobierno no tardó en comprenderlo así y dos años más tarde desistió parcialmente de tal propósito. Con fecha 11 de enero de 1884 aprueba los planos presentados por la Comisión técnica, en que la cárcel de prevenidos aparece refundida en la correccional. Como se ve, ya no se hablaba de penitenciaría sino de cárcel correccional. Nuevamente parecía el Gobierno haber cambiado de parecer. Estas vacilaciones tenían su origen en que las necesidades superaban los medios de atender á ellas; hacían falta las tres cárceles, la penitenciaría, la correccional y la de prevenidos, y el Gobierno no estaba en condiciones de afrontar sino los gastos de una sola. La ley de 6 de octubre de 1884 puso término á este conflicto, votando los recursos necesarios para la construcción de una cárcel que llenaba parcialmente todos esos vacíos de nuestro régimen represivo, y que por eso debía llamarse *preventiva*, *correccional* y *penitenciaría*.

Esta es, á grandes rasgos, la gestación legislativa de la cárcel, cuya disposición arquitectónica y régimen interno nos detendrá algunos momentos.

Sólo falta agregar, para eslabonar todos los anillos de esta cadena, que el Gobierno por decreto de fecha 11

de enero de 1889 habilitó el edificio de propiedad fiscal, sito en la calle del Yi, para cárcel correccional y de prevenidos, siendo trasladados á ella todos los que invistían ese carácter alojados en la primera cárcel. Desde entonces ésta tomó el nombre de penitenciaria. Las mujeres siguieron todavía cumpliendo la condena en ella. Los inconvenientes de esta conjunción no escapaba á la penetración de nadie, pero se tardaba en aplicar el remedio. El celo caritativo de las señoras logró romper el *statu quo*. Mientras se corrían los trámites de la construcción de una cárcel especial para mujeres y menores, el Poder Ejecutivo, secundando los esfuerzos del Patronato de Damas, dispuso, con fecha 10 de noviembre de 1898, la conducción de las penadas y prevenidas á un local provisorio bajo la dirección de las monjas del Buen Pastor de Angers.

Dediquemos algunos instantes á la descripción de la Penitenciaria.

Está situada á poca distancia del centro de la ciudad, en la parte NE. y en un lugar, que por la humedad de los terrenos parecería poco apropiado del punto de vista higiénico á la construcción de edificios de esa índole. Los resultados no han confirmado, sin embargo, esas naturales desconfianzas: la salud de los penados es en general buena, según los informes del médico que tiene á su cargo la asistencia de la cárcel. El edificio es sencillo y elegante: el estilo severo de la entrada imprime algo de esa severidad al resto de la construcción. Estéticamente, el edificio ha perdido bastante desde que se hicieron los pabellones laterales, para alojamiento de la guardia é instalación de la oficina autopolimétrica. Del punto de vista arquitectónico, es una fidelísima imitación de la cárcel inglesa de Pentoville. El sistema que se ha adoptado en su construcción es el radial, impropriamente llamado también *panóptico*. Conocida es la disposición de estos edificios. Todos los pabellones donde están situadas las celdas, convergen á un mismo punto, que los franceses llaman «rond point», donde se instala el centro de vigilancia. Desde ese sitio se dominan ampliamente los corredores, que dan acceso á las celdas. La cárcel puede tener dos, tres ó cuatro pisos, en tales casos cada piso tiene su «rond point». La capilla se ubica generalmente en este punto, lo cual permite á los reclusos presenciar desde sus celdas con un poco que se les entrea-bra las puertas, la ceremonia del ministro oficiante.

El «rond point», en el sistema radial, es el lugar obligado de entrada y salida del interior de la cárcel: todo debe pasar por él; es una especie de aduana penitenciaria. Está situado á continuación de la maciza puerta que guarda la entrada de la cárcel; abierta esa puerta, el visitante se encuentra encerrado en una especie de jaula espaciosa, cuyos barrotes se elevan hasta el techo; es el «rond point». Los demás centros de vigilancia, en número igual al de pisos que contenga el edificio, están en su respectiva división, hacia arriba ó abajo, pero siempre en línea vertical con él.

Este es el plan general de las cárceles radiales. El *panóptico* es distinto y no cabe ser confundido con ellas. El modelo de cárcel que con ese nombre Benthám propuso á la Asamblea Legislativa francesa, según la impresión que hemos sacado leyendo la memoria respectiva, se compone de dos edificios concéntricos: el de la periferia, de seis pisos, es el destinado al alojamiento de los presos; el del centro, de sólo tres, es la morada del inspector. La disposición de esta parte interna del edificio, está de tal modo concebida, que desde cada piso de ella pueden vigilarse cómodamente, dos divisiones paralelas de la parte externa; un ligero movimiento

de ascenso ó descenso permite al inspector instalado en la torre vigilar toda la cárcel. Los presos deben estar en pequeñas celdas cuya puerta de entrada, dotada de una reja espaciosa, permite filtrarse al interior las miradas del vigilante, mientras una especie de celosía colocada en la torre de observación impide, en cambio, que el recluso se percate de la vigilancia de que es objeto.

Una especie de portavoz compuesto de unos tubos de hojalata que van de la torre central á cada celda, transmiten al penado las órdenes, instrucciones ó observaciones verbales, que el inspector juzga oportuno dirigirles. En muy concisos términos, este es el *panóptico*, tal como lo concibió el equilibrado cerebro de Benthám.

El sistema radial, hizo olvidar el *panóptico*, y otro nuevo sistema amenaza hacer olvidar el radial. Este sistema es el que comúnmente se llama de *pabellones*. Las cárceles francesas más modernas y de mayor capacidad han sido construídas según el mencionado plan arquitectónico. En ese caso están la suntuosa prisión de Nanterre, construída en 1887 en reemplazo de la de San Denis que fué cerrada y la no menos importante de Fresnes-les Rungis con capacidad para dos mil reclusos de diversas categorías. Esta prisión monumental se inauguró en 1898, y su construcción fué ordenada para llenar el vacío, que debía necesariamente producir la demolición de las cárceles Santa Pelagia, la Petit Roquette y la Santé, impuesta por fundamentales razones de higiene, seguridad y moral penitenciaria.

El punto de vista higiénico tiende hoy á sustituir el de seguridad que predominaba antes. Cada época tiene una visual diferente. El sistema de pabellones consulta más ampliamente el *desiderátum* de la higiene, como el radial satisface más cumplidamente el ideal de la fácil vigilancia. La renovación del aire en este modelo de arquitectura carcelaria, es lenta é incompleta, según el dictamen de los peritos; el otro en cambio obliga á reforzar considerablemente el servicio de inspección.

La disposición de los pabellones, en el nuevo sistema, en vez de ser convergente como en el radial, es paralela, ó afecta diversas figuras geométricas. Lo característico es que están separados. En cuanto el *desiderátum* de la higiene lo permite, se procura también ajustar la disposición de los pabellones al fin secundario de la reducción en la vigilancia. Generalmente las celdas están en la planta alta de los pabellones, y los talleres en la baja, pero hay cárceles en que éstos se hallan situados en locales independientes. A efecto de simplificar el movimiento de la cárcel, las reparticiones destinadas al servicio suelen ocupar el centro de la cárcel y las consagradas á la reclusión de los penados, y á talleres, las partes laterales.

Esto es lo esencial del sistema; lo demás no ofrece particularidad alguna. Tiene, como las otras cárceles, uno ó dos muros de circunvalación, donde se estaciona la ronda; sus patios, sus paseos, sus locutorios. Estos pueden, como en aquéllos, ser también celulares ó colectivos; hablamos de los paseos y locutorios.

La nueva cárcel, actualmente en construcción, responde á este sistema. A su debido tiempo nos ocuparemos de ella.

Cerrando esta breve digresión, seguimos la interrumpida descripción de nuestra penitenciaria. El edificio se divide en dos partes: planta alta y baja. El mayor número de las celdas están en aquella. En la planta baja había antes salas comunes destinadas á los prevenidos de grandes crímenes y á los condenados de pena correccional; cuando éstos fueron trasladados á la que es hoy cárcel preventiva y correccional, hubo necesidad

de construir celdas en ese lugar, pues las que existían no bastaban para alojar la población penitenciaria. Sólo se construyeron 95 celdas, que sumadas á las 232 que existían en las dos divisiones de la parte superior, completan la cifra de 327. Actualmente son escasas, más de ochenta penados duermen en los corredores. Son claras y espaciosas; tienen 4 metros de longitud, 2.32 de latitud y 3.38 de altura, su cubaje es 31 mts. 40 cent. Racionalmente no puede pedirse mayor amplitud; las celdas de las cárceles europeas no alcanzan en general estas dimensiones. Las de la prisión monumental de Fresnes, recién construída según hemos dicho, miden algo menos: 3.50 de largo, 2.50 de ancho y 3 de altura. La capacidad de las celdas según Cloquet, autor de una notable obra de Arquitectura, debe ser 30 metros cúbicos; esa es también la medida adoptada en una especie de programa de arquitectura carcelaria, redactado por el Ministerio de Justicia de Bélgica con motivo de la construcción de la penitenciaría central de *Berbiere*. Con excepción de las celdas de la planta baja, la luz penetra en abundancia en ellas, por una ventana que el penado puede cerrar ó abrir parcialmente, colocada á dos metros de altura, y revestida por vía de seguridad de una reja de hierro de colosales barrotes.

El mobiliario de las celdas se compone de una mesa amplia de pino, de una silla y de una hamaca, destinada al sueño; ésta se tiene arrollada durante el día, y se arma durante la noche. Un filósofo podría pasarse la vida en una de esas celdas; muchas veces, sentados en el mismo banco del presidario, hemos recordado la humilde habitación en que Benito Spinoza dejó deslizar tranquilamente la suya entregado á la meditación y al trabajo manual. Cuenta Rousseau que, contemplando la prisión de la Magdelonette, se le ocurrió más de una vez pensar que se encontraría muy bien en ella. No nos cuesta creerlo: si bien se observa, acusa cierta armonía el que la dicha de un filósofo constituye el sufrimiento de un criminal. Un retrete colocado en un ángulo de la habitación, y un lavatorio de portland, adherido á la pared, completan el menaje de la celda.

Las condiciones higiénicas de estas celdas no dejan nada que desear; sólo escapan á esta regla las de la planta baja, que según hemos dicho son algo oscuras.

Una estadística de los enfermos que ha habido en la prisión, clasificados según la ubicación de las celdas, hecha por el distinguido médico de ella, doctor Giribaldi, prueba plenamente ambas afirmaciones; el porcentaje de la planta alta es mínimo y considerablemente inferior al del subterráneo.

Los patios son amplios. Es en ellos que se han ubicado los talleres. Las instalaciones son provisoria y existen de poco tiempo á esta parte. Llama la atención que una cárcel del carácter de la descripta, en que el trabajo de los penados es obligatorio, la instalación de los talleres haya merecido tan escasa atención al arquitecto. En esos patios es que se hallan también las piletas para el lavado de la ropa y los baños para el aseo de los penados, durante el Verano.

Con esta breve noticia damos por terminada la descripción material de la penitenciaría. Ahora trataremos del régimen de los penados, pero antes nos será permitido hacer una breve disertación teórica, sobre sistemas penitenciarios, á semejanza de la que sobre sistemas de arquitectura carcelaria nos sirvió de preámbulo á la descripción de la cárcel.

Son seis los conocidos y observados hasta ahora:

1.º el de la comunidad absoluta.

2.º el de la clasificación en categorías.

3.º el del aislamiento absoluto.

4.º el del aislamiento durante la noche, y reunión en los talleres durante el día bajo la regla del silencio.

5.º el del aislamiento suavizado por la acción del patronato.

6.º el sistema irlandés ó progresivo.

(Continuado).

JURISPRUDENCIA

Procede la excarcelación de los encausados por el delito de contrabando, cuando del mérito del proceso no haya de resultar pena corporal (artículo 202 del Código de Instrucción Criminal), aunque se pueda alegar para evitar su aplicación la existencia de la agravante de la nocturnidad en la ejecución del delito (inciso 4.º, artículo 871 del Código Penal), desde que se haya declarado en autos la falta de prueba al respecto, por lo que es innecesario entrar á averiguar si la nocturnidad es ó no inherente al delito de contrabando.

Señor Juez Letrado del Crimen:

Vicente Ponce de León, defensor de los encausados J. M. M. y M. B. en la causa que se les sigue por contrabando, sin evacuar el traslado conferido, á V. S. digo:

Que antes de evacuar el traslado que de la apelación fiscal se ha servido el Juzgado acordarme, y por consiguiente, antes de que V. S. se desprenda de su jurisdicción, vengo á solicitar sean excarcelados mis defendidos, J. M. M. bajo la fianza del comerciante de esta plaza don B. O., domiciliado en la calle 25 de Agosto número ..., y M. B. bajo la fianza del comerciante de San Carlos, don R. J. P., con domicilio en dicha villa (Maldonado).

En cualquier estado de la causa, dice el artículo 202 del Código de Instrucción Criminal, en que por su naturaleza ó por el mérito del proceso, no haya de resultar pena corporal aunque se trate de hechos graves, se pondrá á los procesados en libertad bajo fianza legal.

Pues bien: por el mérito del proceso, corresponde que mis defendidos sean excarcelados bajo fianza legal.

La sentencia de primera instancia manda poner á los excarcelados en libertad dando por purgado el delito con el tiempo de prisión sufrida, y corresponde de acuerdo con la disposición legal citada su excarcelamiento cuando ofrezca fianza abonada en persona de honorabilidad reconocida.

Hay, por otra parte, otra razón de orden moral. Los Tribunales están á punto de cerrarse, y no sería justo que mis defendidos, que han sufrido una prisión mayor que á la que los condena la sentencia de primera instancia, pasen el mes de feria en la cárcel, en razón de que no habría tiempo de terminar la segunda instancia.

Por lo expuesto:

A V. S. suplico quiera resolver este incidente en la forma que dejo solicitada. Es justicia.

Otrosi digo: Que para el otorgamiento de la fianza de M. B., V. S. se ha de servir librar despacho al Juez

de Paz de la villa de San Carlos, por intermedio del señor Juez Letrado Departamental de Maldonado, por estar domiciliado en San Carlos el comerciante don R. L. P. Es también justicia.

Vicente Ponce de León.

Señor Juez:

El Fiscal se opone á que V. S. conceda la excarcelación solicitada en el escrito en vista. Ha solicitado para los encausados la aplicación de una pena de carácter corporal muy superior á la prisión preventiva, por muy larga que ésta pudiera llegar á ser.

La sentencia de V. S. no lo ha convencido de que está en error, y por eso interpuso contra ella el recurso de apelación. Esa sentencia contiene errores tan evidentes y contradicciones de tal naturaleza, que el Fiscal abriga la seguridad de que el Tribunal que re-uelva la causa en segunda instancia la revocará. Véase, sino: no admite la sentencia la agravante del número 4 del artículo 871 porque el Juez considera que la nocturnidad es inherente al delito de contrabando, y en seguida expresa que ese delito se comete por el solo hecho de pasar la frontera sin pagar los derechos. Para rechazar esa misma agravante se funda también en que no está probado que en la madrugada en que tuvo lugar el encuentro de contrabandistas con la policía, el sol había ó no salido, lo que importa confundir ese encuentro con el delito de contrabando, casos bien distintos evidentemente.

Por otra parte, si no está probada la nocturnidad, tampoco era el caso de que la sentencia condenase por contrabando, ya que dentro de la original tesis que la misma sentencia enuncia, esa circunstancia es inherente al delito. Esos errores y contradicciones contiene el segundo Considerando de la sentencia.

El tercero contiene otras no menos evidentes. A los efectos de este incidente, basta solamente señalar que toma en cuenta sólo el tabaco contrabandeado que correspondiera á los prevenidos, y olvida que éstos también son autores del contrabando del resto del tabaco, que es lo más importante; y en lugar de apreciar á los efectos del artículo 876 del Código Penal el valor de los derechos defraudados, como corresponde, aprecia simplemente el valor del tabaco que correspondiera á los prevenidos. Si la sentencia hubiera tenido en cuenta todo el tabaco para apreciar el valor de todos los derechos no pagados, indudablemente no habría admitido la atenuante del artículo citado.

No es necesario hacer otras consideraciones para demostrar el error de esa sentencia. Los expuestos bastan para comprender que su revocación se impone. Al expresar agravios el Fiscal expondrá todavía otras razones para sostener los fundamentos de la acusación. A los efectos de este incidente, basta lo dicho para demostrar la procedencia de una pena que por su naturaleza de corporal, y por ser de mucha mayor duración que la prisión preventiva, impide que se otorgue á los encausados el beneficio de la excarcelación provisional.

Montevideo, noviembre 14 de 1908.

Maxuel Pérez Maggiolo.

Vistos: Considerando: que aun cuando el señor Fiscal al deducir acusación por el delito de contrabando, único que á su juicio han cometido los detenidos M. y B., pidió

se les condenara á la muy elevada pena de cinco años de penitenciaría,—el Juzgado, haciendo aplicación del derecho á los hechos declarados por el veredicto que suscribe, de completo acuerdo en todas sus proposiciones, reconoció en la sentencia definitiva, que el tiempo de prisión que correspondería legalmente á dichos acusados, era el de siete meses y medio, que ya había sido sufrido por ellos con exceso;

Considerando: que si á todo condenado la ley manda descontársele el tiempo de prisión preventiva que antes de su condenación ha sufrido, es muy claro que aun cuando la sentencia estuviese equivocada en cuanto á no haber admitido en el delito la nocturnidad, el aumento sería sólo de un grado, y ello no influiría mayormente en el tiempo de prisión, pues habiendo sido aprehendidos M. y B. el 8 de diciembre del año pasado, á la fecha llevan más de once meses de cárcel, que alcanzarían á compurgar también el aumento del grado de la agravante que el Juzgado no ha reconocido;

Considerando: que no es suficiente causa para denegar la excarcelación bajo fianza á los prevenidos, el hecho de que el señor Fiscal haya solicitado para ellos una pena mayor de seis meses de prisión, porque si así fuera, al arbitrio del Ministerio Público,—que como parte del juicio tiene interés en él por la sociedad á quien representa,—se dejaría librada la facultad que el artículo 202 del Código de Instrucción Criminal concede á los Jueces, de apreciar libremente el mérito del proceso en cualquier estado, para cumplir el precepto que manda excarcelar provisionalmente, *prima facie*, siempre que no recayera en definitiva una mayor pena corporal, ó con mayor razón que no recaerá una mayor pena que la ya sufrida de hecho con la prisión preventiva. Además, en el poder del acusador estaría el que los detenidos permanecieran en la cárcel hasta el final definitivo del proceso en todas sus instancias, pues con sólo pedir una pena mayor de seis meses de prisión aun cuando fuera á todas luces impropio, los Jueces estarían impedidos para excarcelar, sancionando con su inacción obligada la irritante injusticia con violencia de elementales principios de humanidad que deben ser los primeros en tutelar;

Considerando: que si bien en los delitos graves de intensa conmoción social, los magistrados tienen el deber de ser muy parcos en las excarcelaciones, para evitar que los verdaderos criminales, individuos peligrosos para los demás, prevaliéndose de las deficiencias del sumario que no constata acabadamente su culpabilidad, queden libres y continúen en ese estado provisional cometiendo nuevas fechorías,—en casos como el *sub judice*, en que únicamente se acusa á los prevenidos por el delito de contrabando, existiendo un veredicto en extremo favorable y una sentencia que da por compurgada la responsabilidad de siete meses y medio con los once que dura ya el arresto preventivo,—la libertad de M. y B. bajo fianza segura que garanta su restitución á la cárcel en el caso poco probable de mayor condena, no puede ser ni siquiera dudosa para el proveyente, que podrá haberse equivocado al expresar en términos absolutos, que la nocturnidad es inherente al delito de contrabando, cuando en realidad es manifiesta la relatividad del concepto; pero el error no desnaturalizaría mayormente la situación legal de los detenidos, que aun con una agravante más estarían en el caso de ser libertados.

Por estos fundamentos, se resuelve decretar la excarcelación de los detenidos M. y B. bajo las fianzas propuestas, con citación del señor Fiscal, y otorgados los respectivos compromisos, se librará el oficio á la cárcel respectiva.

A los fines solicitados á f. 122, líbrese despacho al Juez de Paz de San Carlos.

Montevideo, noviembre 23 de 1908.

Gard y San Juan.

Señor Juez Letrado del Crimen:

El Fiscal del Crimen en la causa por contrabando seguida contra J. M. M. y M. B., á V. S. dice:

Interpone los recursos de reposición y apelación en subsidio contra el auto de V. S. que acuerda á los encausados el beneficio de la excarcelación bajo fianza.

Ante todo, observa el Fiscal que no invocó como causa que obligara á V. S. á decretar la excarcelación de los procesados, el hecho de haber solicitado en la acusación, una pena de naturaleza corporal. Considera V. S. asimismo evidente, desde luego, que al fallar la causa y al resolver ahora el incidente sobre excarcelación, el tiempo de prisión que correspondería aplicar legalmente á los encausados es el de *siete y medio meses de prisión*. Esta circunstancia explica el que V. S., no obstante haber declarado en aquel fallo, suficientemente compurgada la responsabilidad de los acusados con la prisión preventiva, no haya decretado de oficio la excarcelación provisional, invocando la disposición preceptiva del artículo 202 del Código de Instrucción Criminal para evitar la irritante injusticia y para anticiparse á impedir la violación de los principios elementales de humanidad á que alude en el Considerando tercero del auto recurrido. Pero la verdad es que no cabe hablar de tales cosas en el presente caso, pues que, como queda dicho, el Fiscal no ha sostenido la opinión que parece atribuirle V. S. en el expresado Considerando. Sólo ha sostenido la procedencia de una pena de naturaleza corporal de mucha mayor duración que la prisión preventiva, procurando demostrar que al sostenerlo está en lo cierto de acuerdo con las resultancias de autos y con las disposiciones penales aplicables. Y si demuestra que es así, como cree haberlo demostrado, claro está que cumple con su deber y no comete arbitrariedad alguna ni pretende obligar á V. S. á que la cometa oponiéndose á que se excarcele á M. y B.

V. S. misma en el auto recurrido reconoce parte de la razón que asiste al Ministerio público, pues reconoce que se equivocó al considerar que la *nocturnidad* en esas circunstancias importaría una agravante que no influiría mayormente en la duración de la pena, pues sólo daría mérito á aumentarla en un grado. El error es evidente: el contrabando está equiparado por la ley al delito de hurto, y en este delito la nocturnidad es una circunstancia que lo califica de acuerdo con el artículo 371 número 4 del Código Penal invocado en la acusación, artículo que fija una pena de *dos á cuatro años de penitenciaría*.

Pero cabe advertir todavía que V. S. llega á la pena de siete y medio meses de prisión no sólo prescindiendo de la expresada agravante que á la vez rechaza y admite, sino además teniendo en cuenta la atenuante del inciso 1.º del artículo 376 del Código Penal. Ahora bien: si se atiende á que M. y B. son autores no sólo del contrabando del tabaco que dicen les pertenecía, sino también del contrabando de todo el tabaco que traía la partida de contrabandistas,—es claro que no podrá ponerse en duda que es superior evidentemente el importe de los derechos defraudados, y es evidente también por consiguiente que no podrá admitirse entonces la aplicación del expresado artículo 376.

En cambio, V. S. en la sentencia, sólo toma en cuenta el valor del tabaco que los encausados dicen les pertenecía, prescindiendo de mencionar el resto del tabaco y de hacer referencia al valor de los derechos defraudados. Es lo que el Fiscal en su escrito anterior quiso hacer notar al referirse á los errores que contiene el fallo de V. S. Pero V. S. sobre ese punto nada dice en el auto recurrido, como tampoco nada dice sobre los demás errores y contradicciones anotados en dicho escrito—pues sólo expresa que la nocturnidad no aumentaría mayormente la duración de la pena y entra en consideraciones ajenas al verdadero fondo del incidente, puesto que en él nadie le ha discutido á V. S. el derecho de apreciar libremente el mérito del proceso; lo que se ha procurado demostrar por el Fiscal es que V. S. se ha equivocado al hacer esa apreciación y V. S. en cambio no ha procurado demostrar lo contrario.

Si como lo sostiene el Fiscal, corresponde aplicar á los procesados la pena del delito de hurto calificado, sin que pueda en dicha pena hacerse la rebaja que indica el artículo 376 del Código, y si además, como lo ha reconocido V. S. en la sentencia, puede imputárseles alguna otra agravante, es indudable que M. y B. deben sufrir los años de penitenciaría solicitados en la acusación, y no pueden por lo mismo ser excarcelados bajo fianza. Los artículos 202 y 392 del Código de Instrucción Criminal y 1.º de la ley de junio 27 de 1903, impiden esa excarcelación, y en el caso se está muy lejos de que la prisión preventiva pueda llegar á ser superior á la pena que en definitiva corresponda aplicar á los procesados.

De acuerdo con lo expuesto y con lo expresado en su escrito anterior y en el de acusación de M. y B., y en tal virtud, pido á V. S. quiera servirse revocar por contrario imperio el auto que la ordena, ó en su lugar otorgarle la apelación para ante el Superior que corresponda.

Montevideo, noviembre 27 de 1908.

Manuel Pérez Maggiolo.

Señor Juez Letrado del Crimen:

Vicente Ponce de León, defensor de los encausados J. M. M. y M. B., acusados de contrabando, en el incidente sobre excarcelación, evacuando el traslado conferido, á V. S. dice: Que la sentencia de V. S. no puede ser revocada por contrario imperio, como lo solicita el señor Fiscal, ni será modificada por ningún Superior (así lo espero), porque está fundada en la justicia abstracta y disposiciones de nuestra legislación positiva.

Hay mucho de amor propio irritado en la argumentación del señor Fiscal del Crimen que oscurece la clara inteligencia de tan digno represent ante de la sociedad.

Sólo así se explica se ensañe tan rudamente contra mis defendidos por un delito que en el criterio popular tiene la misma gravedad que el duelo, clasificado como tal en todos los Códigos, pero abusado por la propia sociedad que empuja á las personas, en determinados casos, á cometerlo á despecho de todas las disposiciones del Código Penal.

El que introduce un contrabando en nuestro país (hablo de las clases inferiores), como el que se bate en duelo, y en esto me refiero á las superiores, pueden, de acuerdo con nuestra legislación, cometer un delito, pero después de realizado no son peores ni mejores de lo que eran antes de cometerlo, porque el criterio universal opina de distinta manera que los legisladores.

¿Qué delito han cometido mis defendidos? Aunque sólo existen como prueba sus confesiones y no está debidamente constatado el cuerpo del delito, el acto punible realizado ha sido introducir un contrabando que llega á 100 kilos de tabaco de uno y 50 del otro.

¿Hay conveniencia social en mantener á *outrance* en la cárcel, por esa clase de delito, á dos pobres paisanos que fuera de esto son dos excelentes ciudadanos?

La teoría penal moderna que conoce el magistrado que ha fallado este incidente, es alejar en cuanto sea posible de las cárceles á los novicios en el delito, á aquellos cuyo primer acto delictuoso no revista suma gravedad, convencidos los publicistas y convencidos ya en muchos países los legisladores, que las prisiones son desgraciadamente escuelas de malas costumbres, donde entra un primerizo en el delito poco criminal, y sale un delincuente empedernido.

Actualmente se discute en la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Representantes un proyecto ya aprobado por el Honorable Senado, sobre condena condicional. Ese proyecto permite la suspensión de la condena de prisión si el procesado no ha sufrido condena anterior por crimen ó delito de derecho común.

La base esencial de ese proyecto no es otra que la determinación, en todos los casos, de si se trata de un novicio en el delito ó de un profesional.

Pues bien: los principios de las ideas penales modernas que sirven de base á ese proyecto, son de rigurosa aplicación en el caso *sub judice*.

Ni la justicia ni la sociedad tienen interés en mantener en la cárcel á dos ciudadanos que están enjuiciados por primera vez y por un delito que no destruye ni perjudica el fondo moral de sus propias personalidades. Si á esto se agrega que ofrecen una buena fianza, que cuentan con una sentencia que da por purgado el delito con parte de la prisión sufrida, y que el señor Fiscal no tiene razón en el argumento casi único que hace de la nocturnidad, se verá que existen motivos poderosos para confirmar la resolución que V. S. ha dictado en justicia.

El señor Fiscal habla de la *nocturnidad* como de una condición que cambia el delito, sin darse cuenta que esta circunstancia no puede aplicarse al contrabando, y sin darse cuenta, además, de que la *nocturnidad* no está probada en estos autos.

¿Cuándo cometieron mis defendidos el delito de contrabando de que se les acusa: cuando fueron sorprendidos por la policía estando ya dentro del territorio, ó cuando atravesaron la frontera burlando la vigilancia aduanera y defraudando al fisco? No hay duda que en el segundo caso. Cuando fueron sorprendidos y tiroteados ya habían contrabandeado el tabaco que traían, ya habían cometido la defraudación. Y siendo esto así, ¿en dónde está la prueba de que mis defendidos realizaron el delito, que sólo consta de sus declaraciones, una hora después de entrado el sol ó una hora antes de su salida?

El estado de esta causa demuestra que mis defendidos no podrán sufrir mayor condena que la sufrida; corresponde, por consiguiente, de acuerdo con el artículo 202 del Código de Instrucción Criminal, excarcelarlos bajo la fianza ofrecida.

Los fundamentos de la propia sentencia de V. S. me excusan de alargar este escrito.

Es por esto:

Que á V. S. suplico quiera mantener su resolución acordando la apelación en relación interpuesta, en la se-

guridad de que el Superior confirmará ese fallo. Es justicia.

Montevideo, 4 de diciembre de 1908.

Vicente Ponce de León.

Vistos: por los fundamentos del auto de f. 124 vuelta, y

Considerando: que no estando probada de ninguna manera en el proceso la *nocturnidad* del delito, esto es, que él se cometiera después de una hora de entrado el sol hasta una hora antes de su salida, cualquier argumentación que sobre su existencia se hubiere hecho por el Juzgado y sobre la inherencia de la *nocturnidad* en el delito de contrabando, ello no puede perjudicar á los encausados, puesto que tanto en la sentencia de f. 116 vuelta, como en el auto recurrido, expresamente se ha declarado la falta de prueba al respecto, la que no se halla en realidad en el proceso.

Por ello no se hace lugar á la reposición solicitada por el señor Fiscal y se concede para ante el Superior Tribunal que corresponda el recurso de apelación en relación.

Elévense los autos en la forma de ley, y se señala para la comparecencia de las partes ante el Superior el término de tres días.

Montevideo, diciembre 7 de 1908.

Gard y San Juan.

Visto en segunda instancia el incidente sobre excarcelación provisional de los encausados J. M. M. y M. B., dispuesta en primera instancia y á f. 124 vuelta por el señor Juez Letrado del Crimen de 2.º turno, de cuya resolución ha apelado el Ministerio público,—

Considerando: que á los fundamentos aducidos por el Inferior en la resolución apelada, es de agregarse el hecho de que se ha venido prolongando la detención de los acusados á quienes la sentencia definitiva de la primera instancia ha impuesto una pena de prisión más corta que la prisión preventiva que llevan ya sufrida;

Que esa circunstancia es por sí sola suficiente para estimar que procede apreciar con criterio benigno la situación extraña de los prevenidos, que podrían resultar en definitiva, si fuera confirmada la primera pena impuesta, purgando en prisión preventiva con notable exceso el castigo legal.

Por ello:

Se confirma el auto apelado. Devuélvase el proceso.

Martínez—Montero Paullier—
Piñeyro (disorde).

Es improcedente hacer efectivo el apercibimiento de arresto sobre exhibición de títulos de acuerdo con el artículo 904 del Código de P. Civil, cuando esa exhibición se exige, no al propio ejecutado que gravó el bien, sino á los herederos del mismo. El artículo 751 del Código Civil no es aplicable en el caso, porque la obligación de que se trata tiene carácter personal,—ni tam-

poco corresponde abrir el incidente á prueba, desde que no ha sido ofrecida por la parte interesada.

INFORME DEL JUEZ QUE DENEGÓ LA APELACIÓN

Excmo. Señor:

El Juez que suscribe, evacuando el informe dispuesto por V. E., tiene el honor de exponer que al querellante no le asiste razón alguna legal para presentarse en queja contra los procedimientos que se han seguido en los autos que motivan el presente informe.

Una pequeña exposición convencerá á V. E. de lo verídico de tal aserto:

El doctor don Lindolfo Larraya se presentó ante este Juzgado con la escritura de f. 1, ejecutando á la sucesión de don T. C. S. por la falta de pago de los intereses de la hipoteca constituida por dicha escritura, en la que se habían renunciado todo los trámites, términos y beneficios de la vía ejecutiva, y se había señalado como domicilio esta ciudad á los efectos de ese contrato. Que atento á lo que resultaba de ese instrumento público, el auserito dispuso se sacara á la venta el bien afectado, ordenando á la vez que los ejecutados exhibieran los respectivos títulos para ser agregados á los autos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 904 del Código de Procedimiento Civil. Que á pesar de las reiteradas intimaciones que se les hizo á los ejecutados á fin de que hicieran entrega de dichos títulos, aquéllos no cumplieron con los mandatos del Juzgado—como V. E. lo puede ver en los autos—razón por la cual á solicitud del ejecutante y haciendo aplicación de la citada disposición del Código de Procedimiento Civil, se mandó hacer efectivo el apercibimiento antes decretado, como lo dispone el referido artículo 904.

Fué entonces que el recurrente se presentó con su escrito de f. 55, apelando de aquella resolución, y como tal providencia es inapelable de conformidad con el artículo 941 del Código Procesal, se le denegó el recurso y se mandó cumplir lo resuelto, haciendo á la vez aplicación del criterio establecido en el artículo 899 del mismo cuerpo de leyes.

Los argumentos que ha traído al debate la parte que se considera agravada de las resoluciones de este Juzgado, no resisten la más mínima crítica, pues ellos no se fundan en ninguna disposición expresa de la ley, sino por el contrario, están en pugna con los principios que rigen la secuela de los juicios de esta índole. Se dice que la disposición del artículo 904 del Código de Procedimiento Civil ha podido aplicarse al causante señor S., pero no á sus herederos.

Por poco que se medite sobre tal argumentación, se ve su inconsistencia y craso error de la parte que se dice agravada, máxime si se examina y estudia el alcance de las disposiciones del artículo 751 del Código Civil, que dice: «los derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por la muerte, pasan á sus herederos.»

Pues bien: el señor S. tenía ó no la obligación de entregar los títulos que se les ha exigido á sus herederos?

La respuesta debe ser necesariamente afirmativa, y si esa obligación ha pasado á los herederos, la aplicación á esto de la disposición del artículo 904 del ya citado Código es una consecuencia lógica de aquella otra disposición.

Dado el hecho de que V. E. ha dispuesto que se eleven dichos autos, omito entrar en mayores consideraciones, desde que con aquéllos á la vista, el Superior Tri-

bunal se dará cuenta exacta que el procedimiento que se ha seguido en el caso, es el que establece la ley procesal para los juicios de esta índole.

Antes de terminar, debo hacer presente á V. E. que la cita del artículo 944 del Código de Procedimiento Civil á que se hace referencia en el escrito del querellante, si bien es cierto aparece así en el auto que fué recurrido—hubo error del empleado que copió esa resolución, pues el suscrito había puesto en el borrador el artículo 941 del mismo cuerpo de leyes, que era el aplicable.

Elevando á V. E. los autos de la referencia y dejando cumplido el informe dispuesto, saludo á V. E. atentamente.

Montevideo, septiembre 3 de 1908.

Wenceslao Regules.

Visto este recurso de queja interpuesto por la sucesión de P. T. C. de S., contra procedimientos del señor Juez Letrado de lo Civil de 3.^{er} turno en los autos que expresa en el escrito de f. 7;

Considerando: que si el artículo 904 del Código de Procedimiento Civil establece que el ejecutante deberá exhibir los títulos de la propiedad embargada, bajo apercibimiento de arresto, es porque presume con razón, que esos títulos se encuentran en poder de él, como dueño de la cosa embargada;

Que sin embargo, puede producirse el caso de que no deba llevarse á cabo el arresto porque el ejecutado pruebe que no tiene títulos ó que éstos se le han extrañado, pues como lo dice el doctor Vázquez Acevedo al comentar aquel artículo, «creemos que es necesario dejar al prudente arbitrio del Juez la aplicación de la medida establecida en este artículo según las explicaciones que presente el deudor y los datos que el ejecutante ofrezca»;

Que si se aplicase la citada disposición legal, de una manera absoluta, podría darse el caso de que se privara de su libertad personal al ejecutado, inútilmente, porque estuviera imposibilitado de exhibir los referidos títulos de propiedad;

Que si en general puede disponerse el arresto del ejecutado que no exhibe los títulos, porque se presume que tiene éstos en su poder, no puede dictarse esa medida contra los herederos mientras no resulte de autos que se hayan apoderado de dichos títulos, que no tenían en sus manos cuando su causante otorga la hipoteca;

Que desde que el ejecutante manifiesta en el escrito de f. 60 de los autos principales, que le consta que los herederos tienen en su poder los títulos de la propiedad hipotecada, y los herederos afirman á su vez en los escritos de f. 47 y f. 55, que ignoran dónde se encuentran aquéllos, lo justo y equitativo es que se abra á prueba el incidente, para que luego pueda el Inferior hacer aplicación, con pleno conocimiento de causa, del citado artículo 904 del Código de Procedimiento Civil;

Considerando: que si bien el artículo 941 del mismo Código enumera los autos que son apelables en el juicio ejecutivo, hay que tener en cuenta, que si en este caso se trata de un auto no comprendido entre aquéllos, el incidente suscitado no se sigue entre el ejecutante y el deudor hipotecario, sino entre el primero y los herederos del segundo, que se excepcionan alegando que no tienen en su poder los títulos en cuestión y sin que hoy por hoy exista antecedente alguno en el expediente, que haga presumir lo contrario,—

Por estos fundamentos: se declara procedente este recurso de queja y se *revoca* el auto apelado, declarándose que el Inferior deberá abrir el incidente á prueba, á los efectos que quedan indicados. Agréguese estos antecedentes por su orden á los autos principales y devuélvase al Juzgado de su procedencia.

Montero Paullier—Martínez—
Piñeyro.

Visto en relación este recurso de queja interpuesto por don J. P. y doña O. de S. en los autos seguidos por el doctor Lindolfo Larraza contra la sucesión de don T. C. de S., venido por la apelación deducida á f. 21 por la parte actora contra la sentencia de f. 18, dictada por el Tribunal de Apelaciones de 2.º turno;

Considerando: que el artículo 904 del Código de Procedimiento Civil, en que basa el Juez de primera instancia su mandato de arresto, no puede aplicarse racionalmente, sino al ejecutado en persona, pero no á sus herederos que bien pueden ignorar si existen los títulos y dónde se encuentran;

Que sería, pues, un exceso de poder, un verdadero abuso, extender el precepto de la ley más allá de sus términos, dándole un alcance que tampoco se deduce de su espíritu recto y prudentemente interpretado;

Considerando: que la disposición que establece que los herederos del difunto le preceden en todos sus derechos y obligaciones, no quiere significar que los obligue también en aquellos de la naturaleza del que nos ocupa, que no es indispensable para el cumplimiento de la obligación y que tienen cierto carácter personal, puesto que como se ha dicho, bien pueden los herederos hallarse en la imposibilidad absoluta de darle cumplimiento, sin faltar por eso á las obligaciones contraídas por su causa-habiente, que pueden y deben cumplirse por otros medios que las mismas leyes indican;

Considerando: que si bien es cierto que el auto apelado no es de los comprendidos en el artículo 941 del Código citado, también lo es que ese artículo se refiere al ejecutado y al deudor original, y no á los herederos que tienen en el caso motivos fundadísimos para alzarse de una resolución que les privaba de su libertad, por actos y contratos en que no han tenido intervención personal;

Considerando: que respecto á la apertura á prueba del incidente promovido, no hay por qué discutirla, desde que no se ha ofrecido por la parte interesada, y por el contrario ésta la rechaza en su escrito de expresión de agravios, porque alargarla sin provecho los trámites del juicio ejecutivo y porque existen otros medios más prácticos y eficaces, para hacer efectiva la hipoteca, aunque ellos perjudiquen á los deudores,—

Por estos fundamentos:

Se confirma la sentencia apelada, menos en cuanto manda abrir á prueba el incidente.

Devuélvase.

Cuñarro — Piera — Romeu
Burgués—Bastos.

La nueva ley de condena condicional^(a)

Significación y trascendencia

(Conclusión)

De ahora en adelante, van á poder los Tribunales indultar, por expresa autorización de la ley, varias de las penas que impongan, y á tener en sus manos la facultad de conceder patentes de impunidad á los delincuentes primarios á quienes bien les plazca, sin otro requisito que «consignar de un modo expreso, claro y preciso, en los autos declaratorios de la suspensión de la condena, los fundamentos racionales que, á juicio del Tribunal sentenciador, existan para decretar ésta»; fundamentos cuya racionalidad han de ser sólo ellos, como se ve, los que han de apreciarla *ad libitum*, «atendiendo para ello á la edad y antecedentes⁽⁶⁴⁾ del reo, á la naturaleza jurídica del hecho punible y á las circunstancias de todas clases⁽⁶⁵⁾ que concurrieren en su ejecución». ⁽⁶⁶⁾ Y todo ello *sin recurso alguno* contra las correspondientes resoluciones ⁽⁶⁷⁾. Precisamente una de las ventajas que á la condena condicional atribuyen varios de sus defensores consiste en decir que con ella se hace innecesaria, cuando menos en gran proporción, la gracia soberana de indulto; gracia, en el frecuente ejercicio de la cual ven un no pequeño peligro y una imperfección: pues dicen que representando ella un correctivo de la justicia, cuando la justicia tiene que ser corregida á menudo, no es función social que inspire gran confianza.

Sea como quiera, lo indudable parece que con la condena condicional se entroniza indefectiblemente, ó mejor dicho, se reintegra, en el terreno de la justicia que llaman punitiva, aquel arbitrio judicial que desde hace más de un siglo se decía haber sido proscrito, considerando la proscrición como un gran progreso. Y aún no es bastante con lo hecho. Detrás de este primer avance (que á los ojos de muchos será, por lo que se acaba de decir, un retorno á estados anteriores que se creían salvados y abandonados para siempre), habrá que dar otros, hasta que el completo arbitrio de los funcionarios que hoy denominamos jueces, y que vaya usted á saber lo que serán y cómo se les nombrará mañana, quede entronizado y dueño del campo. Se producirán acaso, como frecuentemente ocurre en asuntos análogos, retrocesos parciales, á manera de vaivenes; pero al cabo el equilibrio vendrá—inevitable á su vez—, y vendrá á consagrar aquel arbitrio. Pues si la función penal, dejando de ser retributiva, se cambia, toda ella, en protectora y preventiva, no cabe pensar en que los llamados á desempeñarla, verdaderos tutores,

(a) V. números 8 á 11, año corriente.

(64) No pueden ser los «penales», puesto que es condición precisa que no los tenga. Serán de otra clase: la vida y la conducta anterior, base de los cálculos probables sobre su conducta futura. Y entonces, no se ve que el criterio de punibilidad deja ya de serlo el delito cometido, para atender á la personalidad del reo y al peligro que se juzga que ésta ofrece para lo sucesivo?

(65) No sólo, pues, á las de posible apreciación conforme al texto de las leyes.

(66) Artículos 2.º de la ley y 1.º del real decreto ya citados, para el cumplimiento de ésta.

(67) Art. 6.º de la ley.

hayán de tener cerrados con legales estorbos los caminos que les parezca más acertado seguir ó explorar para el mejor acierto.

La tendencia está bien francamente iniciada. Lo que se persigue en los países, como Inglaterra, que han dejado ya atrás la etapa de condena condicional que nosotros comenzamos ahora á recorrer, es confiarse de vez en vez más á la acción saludable de los tribunales. No se quiere que éstos, medrosos, se anden con el tiento y la parsimonia que hemos visto recomendada por los legisladores que todavía les atribuyen, aun sin quererlo, la misión de hacer mal con las penas; se desea, por el contrario, que hagan todo el bien que les sea posible, y para ello se les deja amplísima libertad, á fin de que procedan, en cada caso, como las particularísimas circunstancias de él lo exijan. Ningún ejemplo mejor á este efecto que el de la ley inglesa, tan repetidamente citada. Según la cual, los tribunales pueden conceder la libertad á cualquier persona, con la única condición de que les parezca á ellos reformable y susceptible de alguna confianza. La opinión de esos mismos tribunales es la que prevalece en punto á la apreciación de las condiciones (de carácter, antecedentes, edad, salud, estado mental del acusado, naturaleza del hecho y circunstancias de su ejecución) que han de servir de base á la correspondiente resolución. Sin necesidad de procedimiento judicial, sino por vía que diríamos administrativa, perentoria, sin solemnidades—al modo del procedimiento llamado en Alemania y en Italia *Befehl ó mandato*—, tienen atribuciones, no sólo para conceder la libertad condicional, ya con fianza, ya sin ella, á determinados reos, sino también para dejar entera y definitivamente libres á otros, sin tomar siquiera en cuenta los cargos que les hayan sido hechos. Pueden decretar la obligación de indemnizar daños y perjuicios y de pagar las costas, no por sentencia judicial, sino por simple orden administrativo, la cual adquiere los mismos efectos que una condena en juicio penal. Esta obligación de indemnización y pago se la pueden imponer lo mismo al reo que á sus padres, cuando aquél fuese menor de diez y seis años. Las condiciones que para la libertad vigilada se imponen al que ha de gozarla son también discrecionales en el tribunal, quien, por otra parte, puede añadir las que tenga por conveniente respecto á todas ó algunas de las materias siguientes: a) prohibir al reo asociarse con ladrones y personas de parecidos hábitos, ó frecuentar determinados lugares; b) imponerle la abstención de bebidas alcohólicas; c) ordenarle que dé las seguridades que ellos quieran, como garantía de una futura vida honrada. Estas condiciones de libertad vigilada pueden también ser alteradas por el tribunal ⁽⁶⁸⁾ y sustituidas por otras, á discreción del mismo. La liberación definitiva pueden igualmente concederla *tan luego* como crean innecesaria la vigilancia, y, por lo tanto, *aún antes* de que haya transcurrido el plazo de prueba señalado de antemano en la providencia donde se concedió la libertad condicional ⁽⁶⁹⁾. Finalmente, ya se ha dicho como toda la materia de los *probation officers*, su nombramiento, retribución y demás se halla también sometido al arbitrio de los tribunales, según la ley de que se trata.

Las enseñanzas que de la tal se desprenden, tanto por este aspecto como por otros varios, no merecen probablemente ser puestas en olvido por los demás países europeos, como el nuestro, que bien á menudo se consideran dichosos, á veces con razón y otras sin ella, cuando son capaces de ostentar algún rasgo ó institución comparable á los de los ingleses.

P. DORADO,

Colaborador de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», de Madrid

Sobre marcas de fábrica y de comercio

Publicamos á continuación una serie de importantes informes sobre cuestiones de marcas de fábrica y de comercio, producidos por la Cámara de Comercio, cuya opinión en la materia ha llegado á merecer con justicia alta consideración.

CONFUSIÓN DE MARCAS

Baumann Huos, marca «León y Jarra» — Oposición de Groseurth, Walder y C.^a, marca «León»

La Cámara de Comercio evacuando el informe que le fué pedido dijo: que la marca comercial que presentaban los señores Baumann hermanos, de Baviera, era la misma que anteriormente habían presentado los señores Kauffmann y C.^a, de la República Argentina, constituida en ambos casos por un dibujo que representa una jarra sobre cuyo borde superior apoya sus patas delanteras un león en actitud de mirar hacia la derecha, existiendo en el centro de un costado de la jarra, estampada la letra B. El P. E. no hizo lugar entonces á la inscripción solicitada á causa del peligro que existía de que dicha marca se confundiera con la que tienen inscrita para los mismos artículos los señores Groseurth, Walder y C.^a, quienes se habían opuesto á la inscripción solicitada por aquellos señores como se oponen ahora á la que piden los señores Baumann Huos.

Está, pues, definitivamente resuelto por el P. E. que no puede coexistir en el comercio, para productos similares, la marca constituida por la jarra y el león mencionados, con la de los señores Groseurth, Walder y C.^a, representada por un león heráldico.

Arturo Sollier—marca «Monte Rey»—Oposición de los propietarios de la marca «Hoyo de Monterrey»

El señor Arturo Sollier presentó á registro una marca para cigarrillos constituida por la representación del cuerpo y cabeza de un gallo, teniendo debajo la denominación *Monte Rey*.

El señor Hipólito García en representación de las señoras Francisca Seycher y de León y Lutgarda Gener y Seycher, propietarias de la marca para cigarrillos y cigarrillos denominada *Hoyo de Monterrey*, se oponen al registro solicitado, por considerar que la marca del señor Sollier se confundiría con la suya.

La Cámara de Comercio en su informe dijo que, tra-

(68) Es lo equivalente á lo que yo he llamado diferentes veces, y desde hace tiempo, sistema de providencias provisionales, que en el nuevo derecho penal ocupará el sitio de las actuales sentencias definitivas (V., por ejemplo, mis *Basas para un nuevo derecho penal*, ya citadas, § 63).

(69) Se repite la nota anterior.

tándose de marcas formadas por una denominación y por emblemas, lo que propiamente las constituye, es aquella y no éstos, pues la denominación la hará distintiva y conocida en el comercio cualesquiera que fueran los emblemas que contuviera. La marca del señor Sollier sería conocida por *Monte Rey*, y denominándose *Hoyo de Monterrey* la marca de Gener, la confusión sería inevitable, y por consiguiente, de acuerdo con la ley de la materia, debe desestimarse el registro solicitado por el señor Sollier.

López y Novo, marca «Yugá Cristal» — Oposición
Ramón Penadés é hijo, marca «Super Soda Cristal»

Los señores Ramón Penadés é hijo presentaron á registro la marca *Super Soda Cristal* para comestibles y bebidas. Un mes después los señores López y Novo presentaron á registro la marca *Yugá Cristal* para licores y bebidas sin alcohol.

Deducida oposición por parte de los señores Penadés, el Gobierno en 17 de febrero del corriente año, resolvió la controversia declarando improcedente la oposición deducida.

Los señores Penadés apelaron de esta resolución, pidiendo también se oyerá á esta Cámara de Comercio, pedido á que hizo lugar el Ministerio respectivo.

Esta Cámara informando dijo:

Excmo. señor:

A la Cámara de Comercio, que encara siempre los asuntos sobre marcas de fábrica desde el punto de vista de la rectitud y lealtad de los comerciantes, le impresiona desfavorablemente la coincidencia tan frecuente de que, así que uno de ellos adopta como marca una denominación ó un emblema que le parece de feliz augurio para su negocio, se encuentre en seguida otro que adopta precisamente el que de alguna manera pueda confundirse con aquella, cuando parece que debiera moverlo un propósito diametralmente contrario.

Si hubiera sido oída en este asunto no habría podido menos de llamar su atención el hecho de que habiendo presentado á registro los señores Ramón Penadés é hijo la marca *Super Soda Cristal* el día 19 de noviembre de 1907, presentarán el 18 de diciembre siguiente los señores López y Novo la *Yugá Cristal* para el mismo artículo, cuando si querían designarlo con un nombre mineralógico pudieron elegir el de *Cuarzo* — por ejemplo — de modo que no cupiera confusión en los distintivos, á pesar de ser uno el género y el otro la especie del mineral adoptado.

Pero aún sin hacer capítulo de la coincidencia apuntada, la Cámara de Comercio habría considerado que la segunda de dichas marcas no debía ser admitida á registro, porque puede confundirse con la primera, caracterizada principalmente por la palabra *Cristal*, dado que, por sinécdoque, suele nombrarse á las marcas por uno de los vocablos que la componen.

La denominación *Super Soda Cristal* reúne todas las condiciones requeridas para constituir una marca de fábrica digna de la protección de la ley. Se compone de palabras de uso común, es cierto; pero todas las denominaciones, con excepción de las de fantasía, consistentes en vocablos inventados ó sin significación alguna, son formadas por palabras del idioma corriente: lo que se exige de las denominaciones para que puedan servir de marcas comerciales, es que no sean necesarias ó genéricas del producto que se quiere distinguir con ellas ni

calificativas de la naturaleza de éste: se requiere que sean especiales, distintivas y nuevas, no en absoluto sino con relación á los productos á que deben aplicarse.

Las denominaciones que se ajusten á estos requisitos fundamentales pueden ser objeto de apropiación, pues como lo observó la Corte de Apelaciones de París en sentencia de 24 de julio de 1884 (citada por Moise Amar, N.º 65), la reunión de un cierto número de palabras tomadas de la lengua usual en forma de denominación comercial nueva de un producto industrial, puede constituir una verdadera marca de fábrica.

Se ha puesto en duda, sin embargo, erróneamente en el sentir de la Cámara de Comercio, que la palabra *Cristal* pueda ser objeto de propiedad, en el caso de la marca de los señores Penadés é hijo; pero la duda es infundada, porque no se emplea dicha palabra como descriptiva de calidad ni como adjetivo sino como símbolo. No sería admisible la marca *Soda Cristalina* como no lo sería la de *Cigarros Puros*; pero es registrable la de *Soda Cristal* como lo ha sido la de *Cigarros «La Puresa»*, como lo ha sido en Francia la de *Cristal Champagne* (Tribunal Civil de Burdeos — Roederer y C.ª), como lo ha sido entre nosotros *Cristal Cerveza*, como se ha registrado en Buenos Aires y otros países la palabra *Cristal* para distintos productos.

Cree innecesario esta Cámara extenderse en otras consideraciones, que suplirá la reconocida ilustración de V. E., y al presentarle este informe me es grato saludarlo con mi más distinguida consideración.

El P. E. confirmó su resolución de 17 de febrero, declarando improcedente la oposición deducida por los señores Ramón Penadés é hijo.

Torrada, Castello y C.ª, marca «La Sanitaria», con
Miguel Jané, marca «Agua de Jané»

En la controversia que seguían los señores Torrada, Castello y C.ª, con el señor Miguel Jané sobre mejor derecho al registro de las marcas con que ambas partes pretenden señalar el agua y soda para lavar y desinfectar, que fabrican; una de las partes, don Miguel Jané, presentó copia legalizada de una sentencia dictada en Buenos Aires — punto de origen de ambas marcas — declarando nula la marca de los señores Torrada, Castello y C.ª.

La Cámara de Comercio informando dijo, que, en vista de la sentencia pronunciada en Buenos Aires, Torrada, Castello y C.ª no son propietarios en el país de origen de la marca cuyo registro solicitan aquí, y por lo tanto no puede accederse á su pedido. En cuanto á la marca *Agua de Jané*, que no ve inconveniente alguno que se oponga á su registro.

El P. E. con fecha 16 de mayo de 1908, resolvió desestimar por improcedente la inscripción de la marca *La Sanitaria* y autorizar el registro de la marca *Agua de Jané*.

Oteiza Hnos., marca «Papel Pum», — Oposición de
J. Granara y C.ª, marca «Papier Duc»

Los señores Oteiza Hnos. solicitaron el registro de una marca denominada *Papel Pum*, ya registrada en España para distinguir papel de cigarrillos.

Los señores J. Granara y C.ª, propietarios de la marca *Papier Duc*, para el mismo artículo, presentaron oposición al registro solicitado por Oteiza Hnos., por considerar que la confusión entre las dos marcas era inevitable.

La Cámara de Comercio emitió á ese respecto el informe que se transcribe á continuación:

Excmo. señor:

La marca de fábrica *Papel Pum*, inscrita en España, que los señores Oteiza Hnos., autorizados al efecto, han presentado para su registro á la Oficina del ramo, está constituida por un conjunto de elementos suficientemente distintivos para que no sea posible su confusión con la marca *Papier Duc*. Pueden coexistir sin inconvenientes para sus respectivos propietarios y sin peligro de que la clientela de cada una sea inducida á engaño, como resulta de la comparación que en distintas formas ha hecho la Cámara, de ambas marcas. Las analogías de conjunto que se denuncian no son de naturaleza como para sostener que la una es una imitación de la otra y que existe el propósito de que se confundan en el comercio; por el contrario, son en absoluto diferentes los emblemas, leyendas y signos característicos que las dos contienen.

El parecido en la forma de los envases y en la disposición de los libritos del papel para cigarrillos es inherente á la manera usual de vender este producto, establecido por la costumbre de la plaza y existe también en otros productos de consumo general. Por otra parte, la forma rectangular de las cajas del *Papier Duc* es vulgar y no pueden dar lugar á un derecho de propiedad privativa: todo lo que puede exigirse es que los libritos y envases del *Papel Pum* estén revestidos de dibujos especiales y signos visibles y distintivos para que, á pesar del parecido de la forma, no puedan confundirse con los de la otra marca; y esas diferencias existen abundantes como para que los productos de esta marca tengan carácter de propio.

Ellos son, por lo demás, de los que no se prestan fácilmente á confusiones: todo papel para cigarrillos tiene idéntico aspecto en color y dimensiones, lo que obliga al consumidor á fijarse en lo que compra para estar seguro de adquirir la calidad ó marca que prefiere, evitando la que no le agrade ó desconoce. Los fabricantes de cigarrillos, principalmente, nunca podrían ser víctimas de las imitaciones porque saben cuáles marcas necesitan y dónde adquirirlas de primera mano: si se proveen de un papel con preferencia á otro, no será por cuestión de marca, sino deliberadamente y por cuestión de precio, quedando, por consiguiente, excluida la posibilidad — en cuanto á ellos — de que se produzca confusión de las marcas. En cuanto á los particulares que compran el papel para armar ellos mismos los cigarrillos que consumen, no debe tampoco suponerseles indiferentes y despreocupados respecto de la elección de papel: cada uno se reputa conocedor del artículo y solamente encuentra bueno el papel de la marca que está acostumbrado á emplear, vale decir que no lo compra á ciegas, lo que también excluye la posibilidad de confusión.

Sobre este punto existen reglas de criterio que extraña no ver recordadas por las partes, á pesar de que ambas han citado á Pouillet que las formula.

Dice, en efecto, este reputado autor, que para juzgar de la mayor ó menor posibilidad de confusión no debe tomarse por término de comparación el grado de atención del primer venido, del consumidor ignorante é ininteligente, sino el grado de atención del consumidor vigilante y suficientemente cuidadoso de sus intereses. Hemos oído decir, continúa el autor citado, en esta clase de pleitos que, por ejemplo, cuando se trata de objetos alimenticios, los criados ó las cocineras son engañados por el más ligero parecido ó por la menor analogía, y que

basta con un detalle semejante de un color análogo para engañarlos. Estos son defectos de audiencia y nada más. Si la gente de servicio de que se habla, admiten alguna vez, tratándose de objetos alimenticios, una marca por otra, es, en los más de los casos, porque no le asignan más valor á una que á otra, indiferentemente: por otra parte, no ha podido entrar en el pensamiento del legislador, poner la honorabilidad de los fabricantes á merced de las más pobres y estrechas inteligencias, y ha querido, seguramente, hablando de la posibilidad de confusión, referirse á la confusión posible para un espíritu despejado, en una palabra, para una inteligencia ordinaria (N.º 189).

Las breves consideraciones expuestas y otras que omite la Cámara en obsequio de la brevedad, aconsejan que se desestime la oposición de los señores J. Granara y C.ª, y se mande registrar la marca presentada por los señores Oteiza Hnos.

V. E., no obstante, resolverá lo que tenga por más acertado.

El P. E. por resolución de fecha 28 de noviembre, de acuerdo con lo informado por la Cámara de Comercio, declaró procedente la inscripción de la marca *Papel Pum*, solicitada por Oteiza Hnos.

LA DENOMINACIÓN «EXCELSIOR» PUEDE CONSTITUIR MARCA PARA DISTINGUIR ACEITES MINERALES

J. Granara y C.ª con Oteiza Hermanos

Presentada á registro por los señores J. Granara y C.ª la denominación *Excelsior* para distinguir aceites de olivas — los señores Oteiza Hnos. dedujeron oposición fundándose en que la denominación *Excelsior* no puede constituir una marca, pues determina la calidad, más que superior, del artículo que la lleva.

La Cámara de Comercio produjo el siguiente informe:

Excmo. Señor:

Resulta de estos antecedentes y del informe del Inspector de la Oficina de Marcas de Comercio: que la denominación *Excelsior* para distinguir aceite de oliva fué registrada hace veinte años por los señores J. Granara y C.ª á nombre de los señores Tomaso Moro é figli, de Génova, y que habiendo sido abandonada, solicitan ahora su inscripción como propia y para el mismo artículo los expresados señores J. Granara y C.ª, á lo que se oponen los señores Oteiza Hnos. fundándose en que el vocablo *Excelsior*, indica la calidad del artículo á semejanza de los que también están en uso: extrafino, superior, regular, etc.

El punto á resolver reside, por consiguiente, en el hecho alegado por los opositores y si, en efecto, después de caducada la marca *Excelsior* esta palabra se ha empleado en el comercio para designar una calidad superior de aceite, nadie podría adoptarla como marca porque se habría convertido en una denominación necesaria, que pertenece en común á todos. El señor Fiscal de Gobierno de 1.º turno, sin entrar á averiguar si el hecho invocado por los señores Oteiza Hnos. es exacto, resuelve el punto conforme á la doctrina universal y al sabio consejo de Pouillet de que: «cuando se trate de una denominación sacada de las cualidades ó de la naturaleza misma del producto no debe concederse muy fácilmente por los tribunales el uso exclusivo, debiendo inclinarse más bien á conceder el uso á todos».

El citado funcionario dice que el vocablo *Excelsior* es en latín el comparativo de «*Excelsius*» que significa excelso en castellano y viene á querer decir mejor que excelso, expresión que, aplicada al aceite constituye un modo de expresar su calidad superior. No tiene que *Excelsior* no es denominación de fantasía, sino descriptiva; y como tal no puede ser objeto de monopolio alguno: de lo que se induce que no solamente para el aceite sino para todos los artículos en general, el vocablo expresado es atributivo de calidad superior.

Esta opinión, aunque digna del mayor respeto, parece inaceptable porque contraría las nociones admitidas sobre el empleo de palabras extranjeras como marcas de comercio.

La jurisprudencia inglesa, que es un error no consultar más á menudo, porque está fundada en el buen sentido de un pueblo esencialmente comercial y porque el sistema legislativo inglés en materia de marcas no difiere sustancialmente del nuestro sino en que la propiedad definitiva de ellas se adquiere por la posesión y el registro, mientras que entre nosotros basta el registro,—la jurisprudencia inglesa, divide en tres clases las palabras que pueden ser empleadas como marcas: de fantasía, las que no sugieren idea alguna de su significado; inventadas las que no son propiamente de fantasía sino expresamente creadas para designar un producto nuevo, y las extranjeras, tomadas de distintos idiomas aún cuando en el originario tengan acepción diferente á la que tienen en el lenguaje vulgar del país que las adopta.

Reina gran severidad por lo que hace á las primeras, y es raro, y si no raro es muy poco frecuente que se admita á registro palabras de fantasía, lo que asimismo es una concesión, porque en época anterior á la legislación vigente era prohibido el registro de marcas constituidas por palabras de fantasía. Las segundas pasan con más facilidad á ser registradas como marcas, siempre que no se descubra en ellas, más ó menos velada, una enunciación de la calidad ó de las propiedades del artículo á que ha de aplicarse la marca. Pero en cuanto á las terceras, principalmente las palabras tomadas de una lengua muerta como el latín, se las acepta corrientemente sin tener en cuenta su significación en el idioma nacional, porque se entiende que son distintivas por sí mismas.

Han sido inscriptas, por consiguiente, en el registro inglés, como marcas de fábrica y de comercio muchas palabras latinas entre las cuales «*Excelsior*» para diversos artículos; y esa jurisprudencia parece ser uniforme en todas partes porque la marca «*Excelsior*» es muy general en el comercio. En Buenos Aires está inscripta varias veces para distintos artículos y aquí mismo lo está para alambre de acero.

Por otra parte, la Cámara de Comercio no ha podido comprobar que sea exacta la afirmación de los señores Oteiza Hnos., de que la palabra *Excelsior* haya pasado al uso común como adjetivo descriptivo. Ni ha sustituido á los términos corrientes de clasificación, extrafino, superior, especial, etc., ni siquiera se emplea conjuntamente con ellos, ni como su equivalente en el artículo aceite. Por el contrario, la palabra «*Excelsior*» es marca conocida en plaza de diversos artículos de importación, como ginebra, aceite, etc., y solamente se la emplea para denotar la calidad superior de un producto individualizado por determinada marca cuando existen diversas clases de él, como tratándose del coñac Martell que lo hay de varias estrellas y «*Excelsior*».

En tales casos aislados esa palabra es un elemento de la marca y no un sinónimo de la palabra superior: ten-

drá un valor relativo y convencional y significará que la clase así designada es más fina que la de varias estrellas del coñac Martell, pero en manera alguna que es la más fina del coñac.

Respecto de otros artículos para los cuales la palabra «*Excelsior*» no ha sido adoptada como marca ni como accesorio ó elemento de ella, en la forma indicada, la palabra «*Excelsior*» nada significaría ni tendría sentido alguno: ningún comerciante sabría, en efecto, cuál es el azúcar, ó el café, ó el vino «*excelsior*»—es decir, mejor que excelso—que le convendría comprar para su clientela, si no sabe de antemano cuáles son las marcas y clases que corresponden á la calidad excelsa que desea adquirir, prosaica y modestamente designadas en el comercio por los añejos adjetivos superior, extrafino, etc.

Salvo, pues, el más acertado parecer de V. E., opina esta Cámara que procede el registro solicitado de la palabra *Excelsior*, para distinguir aceite de oliva, con la reserva, sin embargo, de los derechos que puedan corresponder al fabricante extranjero por tratarse de artículo importado.

Esta reserva es tanto más necesaria cuanto que los mismos señores J. Granara y C.^a, que solicitan en propiedad la marca, manifiestan que ella ha sido abandonada por sus antiguos propietarios á nombre de quienes la habían registrado hace veinte años: no obstante lo que, continúa la importación del aceite *Excelsior* como marca extranjera.

Me es grato saludar á V. E. con mi consideración más distinguida.

Con fecha 8 de agosto de 1908 el P. E. declaró procedente la inscripción de la marca *Excelsior* solicitada por los señores J. Granara y C.^a, para distinguir aceites de oliva, con la reserva que aconsejó la Cámara de Comercio en la parte final de su informe.

Apelada por los señores Oteiza Hnos. la mencionada resolución, vino el expediente nuevamente á informe de esta Cámara, la que confirmó, como sigue, su anterior dictamen:

Excmo. Señor:

Prescindiendo de si es apelable por el opositor ó no lo es el decreto que desestima la oposición y ordena el registro de la marca, porque eso implica una cuestión de procedimientos sobre la cual la Cámara de Comercio no está llamada á pronunciarse, los hechos alegados por los señores Oteiza Hnos., en el nuevo escrito presentado, no pueden modificar en nada la opinión emitida por esta Corporación, que V. E. ha aceptado.

Sostienen aquellos señores que la palabra *Excelsior* se encuentra en los dos casos del artículo 4.º de la ley, de acuerdo con el cual se consideran marcas de fábrica ó de comercio los términos ó locuciones que hayan pasado al uso general y las designaciones usualmente empleadas para indicar la naturaleza de los productos ó las clases á que pertenecen, porque según el precio corriente y la factura que exhiben, dicha palabra es empleada como calificativo de calidad del aceite. Hay que convenir en que, como prueba de que aquella locución es de uso común, la prueba de que la usan en este carácter dos comerciantes de Génova, es deficiente y prueba bien poco.

El precio corriente exhibido es de la casa Tomaso Moro é figli, que hizo registrar aquí la marca *Excelsior* con la que importó sus aceites anteriormente y la que

podría reivindicar en virtud de la reserva que ha hecho en su favor el decreto gubernativo mandando inscribir la marca á nombre personal de los señores J. Granara y C.^a, agentes de aquellos señores. Podría reivindicarla, porque la jurisprudencia administrativa ha establecido, sobre sólidos fundamentos de moralidad comercial, que la marca extranjera prevalece contra la nacional, si al tiempo de solicitarse el registro de ésta era ya conocida la otra por la importación de los productos individualizados con ella, circunstancia que no necesitaría demostrarse, porque resulta del hecho mismo de la inscripción anterior de la marca *Excelsior*.

En el indicado precio corriente no se menciona expresamente este nombre como marca, pero se le emplea para señalar la clase más cara de aceite.

¿Significa esto que haya querido distinguirse un producto ultrasuperior con la marca que el propietario había registrado aquí, ó que la palabra interviene como cualitativa? Caben ambas suposiciones, dado el hecho de que la casa Tomaso Moro e figli había inscripto la locución *Excelsior* como marca y de que la tienen inscripta en Buenos Aires los señores Bernasconi y C.^a, como únicos recibidores del aceite así marcado. Dicha marca contiene además una viñeta representando el castillo de Boca-negra con la inscripción «Olio d'Olive vero di Luca Excelsior», marca número 9655 de 26 de febrero de 1902 —Revista Argentina de Patentes y Marcas).

La otra prueba presentada consiste en una factura de aceite, *Soprafino Excelsior*, que engendra la misma duda, porque si la última palabra indica lo más sobresaliente y elevado de la calidad del aceite, ¿por qué se le antepone otra que disminuye el valor hiperbólico de la segunda?

Pero concediendo que en ambos casos, los dos fabricantes de aceite quisieran denotar una calidad relativa del producto, ¿podría sostenerse como lo pretenden los señores Oteiza Hnos., que la palabra *Excelsior* ha pasado á ser de uso común y que es una denominación necesaria en el negocio de aceite?

Seguramente que no. La Cámara de Comercio ha tenido á la vista precios corrientes y revistas de artículos españoles y franceses, y en ninguna ha encontrado que para la clasificación de aceites se emplee aquella palabra, á pesar de que las importaciones de aceite de España y Francia son considerables. Esta comprobación es decisiva é induce á la Cámara de Comercio á mantener la opinión anteriormente emitida, salvo siempre el mejor parecer de V. E.

El P. E. con fecha 19 de diciembre de 1908 confirmó su resolución de 8 de agosto del mismo año.

ESCUDO BRITÁNICO

R. F. y J. Alexander y C.^a

Estos señores, fabricantes de hilados en Neilston (Escocia) solicitaron la renovación de una marca cuyo elemento principal era un escudo británico.

La Cámara de Comercio informando dijo: que para la renovación del registro de una marca, deben llenarse, en todos los casos, las formalidades necesarias (artículo 12 de la ley de 1.º de marzo de 1877) y como el registro de una marca extranjera está subordinado á la prueba de su registro en el país de origen, debía exigirse de los señores R. F. y J. Alexander y C.^a, la presentación del documento que compruebe el registro de la marca presenta-

da, en Inglaterra. Cumplida esa formalidad, corresponde su registro.

EL NOMBRE COMERCIAL COMO COMPONENTE DE LAS MARCAS DE FÁBRICA Ó DE COMERCIO

Chiarino Hermanos con María R. de Chiarino, respecto al registro de la marca «Chiarino».

Respecto á este asunto, la Cámara de Comercio produjo los dos informes que van á continuación, en los que se expresan sucintamente los antecedentes:

Excmo. Señor:

Las marcas comerciales han sido creadas principalmente en el interés del productor y del comerciante, para que puedan individualizar los objetos que producen ó venden, distinguiéndolos de los que otros producen ó venden también. Son, con relación á los objetos, lo que los nombres patronímicos con relación á las personas. La marca elegida es el signo de garantía que se aplica al producto para que el consumidor lo conozca entre los demás de la misma naturaleza y tenga confianza en su calidad sin necesidad de mayor examen. Representa el producto, se identifica con él y adquiere celebridad y crédito si el producto reúne las condiciones apetecidas por el público. Propiedad adquirida por ocupación primero y puesta después al amparo de la ley, ha sido buscada en los dominios de la fantasía, en la flora, en la fauna, en las ciencias ó en las artes, porque la ley no limita los signos que pueden constituir una marca haciendo apenas una enumeración enunciativa de ellos; pero la elección habrá recaído en la denominación, signo, leyenda ó dibujo que ha parecido más característico y más nuevo á fin de que el producto que debe ser distinguido con la marca escogida quede bien individualizado.

Esta parece que debe ser la regla de conducta del fabricante y del comerciante que celoso de su nombre, van por la vía recta en busca del éxito; y si así procedieran todos, las cuestiones que frecuentemente se suscitan entre ellos sobre concurrencia desleal no se producirían. Desde el momento en que se elija una marca ó se combine de tal manera que no tenga carácter de novedad para ser claramente distintiva, puede afirmarse que se abraza el propósito de crear confusiones en el público para aprovecharse de ellas. No se llegará á la falsificación ni á la imitación propiamente dichas; pero se dispondrán los dibujos, el grabado, las letras ó los signos, de tal manera que se produzca la semejanza de conjunto necesaria para que al primer golpe de vista no se distinga la nueva marca de la otra anteriormente en uso y acreditada.

Es esa una de las formas de la concurrencia desleal que debe reprimirse como contraria á la buena fe del comercio y sin consideración al hecho de que una de las marcas esté inscripta en el Registro ó no lo esté. Cuando coexisten sin estar inscriptas dos marcas iguales, es dueño legítimo el primero que presenta para su inscripción la que usa; pero cuando se copia una en uso aunque no inscripta y se la presenta al registro para impedir que su dueño se la apropie legalmente, se comete un acto ilícito que no puede ser generador de un derecho de prioridad. Esa debe ser la interpretación que del punto de vista de la moralidad comercial debe darse al artículo 16 de la ley de marcas, en el sentir de esta Cámara.

A juicio de ella, el asunto sobre el cual V. E. se ha

servido pedirle su opinión, ofrece un ejemplo al cual pueden aplicarse las breves consideraciones expuestas.

Inscripta desde hace muchos años la marca *Arbolito* para distinguir aceite de olivas como propiedad de los señores Chiarino y Cia., han debido ser notorios en el comercio y muy especialmente á los señores Chiarino Hnos., los elementos componentes de esa marca. Establecidos, sin embargo, estos señores recientemente, no empezaron por crear para el mismo artículo una marca diferente de la que ya existía, como habría sucedido si hubieran tenido el propósito de evitar las confusiones; por el contrario, empezaron por hacer envasar el aceite en latas del mismo aspecto por los colores y disposición de los dibujos, copiando servilmente la forma del estampado de las tapas de los recipientes é imitando el carácter de la letra de la firma que llevan en un ángulo; imitación que resulta perfecta por la homonimia de los apellidos.

Ciertamente que los señores Chiarino Hnos., pueden usar de su nombre ó firma como marca comercial ó como elemento de ella aunque exista otro nombre semejante: es un derecho consagrado por los artículos 23 y 24 de la ley citada, y no habría peligro en que se confundiera la firma de Chiarino Hnos., escrita con todas sus letras, con la de Chiarino y Cia., pero no puede admitirse que lo usen como lo hacen á título de facsímil de firma puesta en las tapas de las latas, porque entonces la confusión es inevitable, según lo demuestra la comparación de los envases presentados por la señora de Chiarino.

Esta señora á su vez, propietaria por herencia ó por contrato de sociedad de la firma Chiarino y Cia. y de las marcas registradas por dicha casa, presenta para su registro otra que por su aspecto, disposiciones, rasgos y dibujos es exactamente igual á la que pocos días después presentaron los señores Chiarino Hnos., y tienen en uso anterior, según lo afirman y consta de los envases presentados por la expresada señora, produciéndose el hecho singular de que esta nueva marca imita la depositada por los señores Chiarino Hnos., que no es sino una imitación de la registrada con el nombre de *Arbolito*, de propiedad de la expresada señora.

Las anomalías apuntadas deben desaparecer en el interés de ambas casas comerciales y aún en el del público. Del principio legal que las marcas deben individualizar los productos, fluye naturalmente que ellas deben ser distintivas y nuevas cuando son depositadas para su registro; y esa noción clara y precisa es la que conviene difundir por medio de una sana jurisprudencia administrativa. En el presente caso las partes han procedido con criterio equivocado y ambas carecen de derecho para apropiarse de las marcas cuyo registro solicitan, porque éstas contienen como elemento principal el nombre de Chiarino, que no puede inscribirse como denominación, porque los nombres comerciales solamente se convierten en denominaciones cuando éstas son necesarias, en cuyo caso pertenecen á la comunidad. Además, la marca presentada por los señores Chiarino Hnos. imita en muchos de sus elementos y accesorios á la de los señores Chiarino y Cia. denominada *Arbolito*, con la que se confundiría fácilmente; y la presentada por la señora de Chiarino imita á la de aquellos señores copiando algunos elementos que le son propios, lo que no es lícito ni aún tratándose de marca no registrada.

Opina, por consiguiente, la Cámara de Comercio, que no debe hacerse lugar al registro de las marcas presentadas por la señora de Chiarino y por los señores Chiarino Hnos.

V. E. no obstante, resolverá lo que juzgue más acertado.

Excmo. Señor:

Acertadamente ha dispuesto V. E. que se agregue al expediente relativo á la controversia entre la señora Ravenna de Chiarino y los señores Chiarino Hnos., la solicitud que éstos han presentado sobre inscripción de una nueva marca, porque este punto debe ser resuelto conjuntamente con el principal que se debate, del cual no es sino una derivación. Esta Cámara ha emitido ya su opinión sobre él, pero nada se opone á que amplíe las consideraciones que antes expuso, sobre todo desde que V. E. se ha servido pedirle otra vez su dictamen.

(Continuará.)

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 12--AÑO XV

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO, por el doctor José Irureta Goyena, pág. 177.

JURISPRUDENCIA:

Procede la excarcelación de los encausados por el delito de contrabando, cuando del mérito del proceso no haya de resultar pena corporal (artículo 202 del Código de Instrucción Criminal), aunque se pueda alegar para evitar su aplicación la existencia de la agravante de la nocturnidad en la ejecución del delito (inciso 4.º, artículo 871 del Código Penal), desde que se haya declarado en autos la falta de prueba al respecto, por lo que es innecesario entrar á averiguar si la nocturnidad es ó no inherente al delito de contrabando, pág. 181.

—Es improcedente hacer efectivo el apercibimiento de arresto sobre exhibición de títulos de acuerdo con el artículo 904 del Código de Procedimiento Civil, cuando esa exhibición se exige, no al propio ejecutado que gravó el bien, sino á los herederos del mismo. El artículo 751 del Código Civil no es aplicable en el caso, porque la obligación de que se trata tiene carácter personal, ni tampoco corresponde abrir el incidente á prueba, desde que no ha sido ofrecida por la parte interesada, pág. 184.

LA NUEVA LEY DE CONDENA CONDICIONAL.—Significación y trascendencia, por P. Dorado, pág. 186.

SOBRE MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO:

Confusión de marcas: Baumann Hnos., marca «León y Jarra».—Oposición de Groscurth, Walder y Cia., marca «León», pág. 187.

Arturo Sollier, marca «Monte Rey».—Oposición de los propietarios de la marca «Hoyo de Monterrey», pág. 187.

López y Novo, marca «Yugá Cristal».—Oposición Ramón Penadés é hijo, marca «Super Soda Cristal», pág. 188.

Torrada, Castello y Cia., marca «La Sanitaria», con Miguel Jané, marca «Aguá de Jané», pág. 188.

Oleixa Hnos., marca «Papel Puma».—Oposición de J. Granara y Cia., marca «Papier Duc», pág. 188.

La denominación «Eccelsior» puede constituir marca para distinguir aceites minerales: J. Granara y Cia. con Oleixa Hnos., pág. 189.

Escudo británico: R. F. y J. Alexander y Cia., pág. 191.

El nombre comercial como componente de las marcas de fábrica ó de comercio: Chiarino Hnos. con María R. de Chiarino, respecto al registro de la marca «Chiarino», pág. 191.

LA REVISTA D E DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scrapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero, Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Váeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE MARZO DE 1909

NUMERO 13

Doctor Domingo Mendilaharsu

LA REDACCIÓN.

El 2 del corriente falleció en la ciudad de Niza el doctor don Domingo Mendilaharsu. El doctor Mendilaharsu comenzó desde muy joven a prestar importantes servicios a la cosa pública, después de haber brillado por su talento y su contracción al estudio en su paso por las aulas de la Facultad de Derecho. Al poco tiempo de graduarse ingresó en la magistratura nacional, de la que salió para intervenir en la política, a la que sentía más apego su espíritu inquieto y batallador.

Ocupó el Ministerio de Relaciones Exteriores, formó parte de la Cámara de Representantes durante el gobierno del general Tajes, fué nombrado senador bajo la administración Cuestas, desempeñó funciones diplomáticas y en los últimos años fundó el diario «El Tiempo», dedicándose a la vida activa del periodismo.

En el desempeño de los diversos cargos públicos que ocupó y en su vida política mostró siempre un espíritu levantado y culto, un orador consumado, un político honesto y altivo y un periodista de fibra.

Colaborador de esta REVISTA, el doctor Mendilaharsu no le negó nunca su valioso concurso. Era además un

abogado de nota, que se distinguió en las luchas forenses como en las políticas, y un carácter simpático y bondadoso.

Sobre beneficio de inventario

Montevideo, noviembre 1.º de 1908.

Señor doctor don Rafael Gallinal.

Mi amigo:

Deseo conocer su opinión profesional sobre el siguiente punto de derecho:

En una sucesión, en la que interviene como heredera una mujer casada, mayor de edad, ¿es necesario un inventario solemne, completo y estimativo, desde que dicha mujer, al aceptar la herencia, debe hacerlo con beneficio de inventario?

¿La mujer casada está ó no equiparada a los incapaces bajo tutela ó curatela?

En este caso no se va á proceder á la partición, pues los coherederos van á quedar indivisos.

La exigencia del inventario estimativo parte del señor Fiscal de lo Civil, fundándose en el artículo 1055 del Código Civil.

A la espera de su contestación, me suscribo de usted, afectísimo y seguro servidor,

Cayetano José Piccardo.

Monterideo, noviembre 8 de 1908.

Señor don Cayetano J. Piccardo.

Mi amigo:

Con mucho gusto paso á dar mi opinión profesional sobre la cuestión ó cuestiones de derecho propuestas por usted.

Para evacuar metódicamente la consulta, estudiaré primero el Código Civil, en segundo lugar el de Procedimiento, y en tercer término la ley de Herencias de 1893.

En la práctica, por regla general, en el caso en consulta, se obliga á la facción de inventario solemne y estimativo, fundándose esta exigencia en las disposiciones de los artículos 1029, 1054 y 1055 del Código Civil.

Esta exigencia y esta práctica son, á mi juicio, ilegales, y así voy á demostrarlo:

La herencia, según el artículo 1037 del mismo Código, puede ser aceptada «pura y simplemente ó á beneficio de inventario»; y los artículos 1044 y 1067 determinan los efectos de la aceptación, en una ó en otra forma.

La ley establece que, ciertas personas, por sí ó por intermedio de sus representantes, *deben* aceptar la herencia bajo beneficio de inventario; así lo estatuye para las mujeres casadas, el artículo 1029; para los menores habilitados, el artículo 1030; para los sujetos á tutela ó curatela, el artículo 1031; y para los que se hallen sometidos á la patria potestad, el artículo 1032.

Ahora bien: en estos casos, ¿existe también la obligación legal, por parte de los herederos ó de sus representantes, del inventario solemne y estimativo, con sujeción á lo dispuesto en los artículos 1054 y 1055?

La disposición del artículo 1054 no es aplicable á las personas ya nombradas, y no es aplicable, porque esta disposición es *facultativa*, pues habla del que *quiera* tomar la calidad de heredero á beneficio de inventario, y aquellas no tienen tal facultad, desde que la ley *las obliga*, para aceptar, á la aceptación bajo aquel beneficio.

Para demostrar este aserto, me basta comparar la redacción de los artículos 1029 á 1032, con la empleada en los artículos 1036 y 1054, y deducir la consecuencia lógica é indubitable que no puede ser aplicable á las personas á que me refiero lo dispuesto en el artículo 1054, desde que sería absurdo imponer la obligación contenida en dicho artículo, siendo así que establece la *facultad* de aceptar *pura y simplemente ó bajo beneficio de inventario*, y aquellas nunca tienen tal facultad, puesto que la ley siempre las obliga á la aceptación bajo beneficio de inventario. Conforme: Pacifici-Mazzoni, «Codice Civile italiano Commentato», tomo 9, número 66; Demolombe, «Cours de Code Napoléon» Des Successions, tomo 2.º, número 333; Laurent, «Droit Civil», tomo 9.º, número 380.

Refiriéndose el artículo 1054 al que *quiera* y no al que *deba*,—querer que se aplique esa disposición, cuando por

disposición expresa de la misma ley nunca puede ser aplicable, es sencillamente suponer que el legislador ha consagrado un imposible, y esto no se debe, ni se puede suponer.

Además, los artículos 1029 á 1032, son disposiciones prohibitivas, y lo que se hiciere contra ellas sería nulo según así lo establece el artículo 8.º del Título Preliminar del Código Civil.

Tenemos, pues, que descartar el artículo 1054, con respecto á las personas sujetas á patria potestad, tutela ó curatela,—á los emancipados y habilitados y á las mujeres casadas, porque no pueden hacer uso de la facultad en el artículo consignada. Veamos ahora si se les debe aplicar el artículo 1055.

El artículo 1055 se refiere al 1054, desde que habla de la manifestación de que trata el artículo anterior, y tratando dicho artículo de los que pueden hacer uso de la facultad, es indudable que sólo á ellos les alcanza la disposición del 1055, es decir, que se refiere á los que quieran, pero no á los que deban.

El heredero mayor y capaz, por ejemplo, puede hacer uso de la facultad del artículo 1054, y en ese caso debe cumplir la obligación impuesta en el artículo 1055; pero aquél á quien se le prohíbe el uso de la facultad, lógicamente está exento del cumplimiento de la obligación impuesta precisamente, por hacer uso de aquélla, en una forma determinada.

Tan se refiere el 1055 á los que tienen la facultad de aceptar en una ó en otra forma, que agrega, que no producirá efecto la manifestación de aceptar bajo beneficio de inventario, mientras no vaya precedida ó seguida de un inventario solemne, completo y estimativo; y la falta de manifestación en la forma indicada, de parte de las personas citadas, mientras tengan la calidad que tenían, no les puede hacer perder aquel beneficio.

La manifestación del artículo 1055, en el caso del 1054, no es, pues, aplicable en el caso en estudio, pero en cambio, la mayoría de las personas á las que antes me he referido, tienen la obligación de formalizar el inventario solemne y estimativo, siendo esta obligación impuesta no por aquel artículo inaplicable, sino por otras disposiciones que paso á citar.

En efecto: los artículos 325 á 329 del Código Civil, obligan al tutor á practicar inventario solemne y estimativo de los bienes que reciba el menor por herencia,—y como las reglas de la tutela son aplicables á la curatela, mientras no haya disposición expresa en contrario, según el artículo 384, resulta también, que esa misma obligación tienen los curadores, cuando los sujetos á curatela sean herederos.

Los padres en ejercicio de la patria potestad, deben, según el artículo 1032, en el caso de herencias deferidas á sus hijos, aceptarlas en la forma y con las limitaciones impuestas á los tutores y curadores, es decir, que deben aceptarlas con beneficio de inventario; y si bien la ley los obliga en estos casos á la facción de inventario solemne, el requisito de la estimación no es tan estricto como para los tutores y curadores. El artículo 245 dice que el padre es el administrador de los bienes de sus hijos, teniendo, según el artículo 247, cuando le pertenece el usufructo, las obligaciones de todo usufructuario menos la de afanzar,—y cuando sólo tenga la administración, la obligación de responder de la propiedad y de los frutos,—debiendo de acuerdo con los artículos 490 y siguientes, formar «un inventario solemne haciendo tasar los muebles y constar el estado de los inmuebles.»

Con estas citas dejo demostrado,—que los tutores y curadores, tienen la obligación de inventariar en forma

solemne y estimativa los bienes de sus representados—y dejo demostrado también que, los padres deben formalizar un inventario solemne, estimativo de los muebles, pero sin necesidad de estimación en los inmuebles.

Con los menores emancipados ó habilitados y con las mujeres casadas, no sucede lo mismo, *desde que no hay ninguna disposición que los obligue á la facción de inventario solemne y estimativo*, para poder aceptar una herencia bajo beneficio de inventario.

Recorro todas las disposiciones que tratan de la emancipación, de la habilitación, de la potestad marital y no encuentro ni un solo artículo que dé pie para exigir aquel requisito.

Como los emancipados, pueden ejercer todos los actos de la vida civil, excepto aquellos que por el Código se prohíben á los menores habilitados (artículo 261), como los habilitados, pueden ejecutar todos los actos ó obligaciones de que son capaces los mayores de edad, excepto aquellos actos ó obligaciones de que una ley expresa los declare incapaces (artículo 272),—y como entre las prohibiciones de los artículos 273 á 276 no está comprendida la de aceptar una herencia bajo beneficio de inventario, si éste no es solemne y al mismo tiempo estimativo, es evidente que no se le puede imponer una obligación no impuesta por la ley.

Con las mujeres casadas sucede lo mismo, desde que no existe ninguna disposición que obligue al marido ó á la mujer á la facción de inventario solemne y estimativo.

Concretándose á la mujer casada, que es el punto especialmente consultado, es incuestionable, que no está para la ley en las mismas condiciones que los menores bajo tutela ó curatela, puesto que, para que el tutor ó curador pueda entrar á ejercer su cargo de administrador necesita el inventario solemne y estimativo (artículo 325), mientras que el marido, al entrar á administrar los bienes propios de la mujer, al contraer matrimonio (artículo 1944), la ley no lo obliga á la facción de inventario de lo que recibe.

No obligándose al marido á la facción de inventario al contraer matrimonio, ¿qué razón puede haber para exigirlo después en forma estimativa, si la mujer tiene que figurar como heredera beneficiaria en alguna sucesión?

Además de esto, el inventario repleto de formalidades, en el caso en consulta, no tiene objeto práctico ninguno.

¿Cuáles son los efectos de la aceptación bajo beneficio de inventario? Los establece el artículo 1067: «1.º Que el heredero no queda obligado sino hasta donde alcanzan los bienes hereditarios».

Ahora bien,—supongamos que la estimación por tasación alcance á 10,000 pesos: ¿sólo por esos diez mil pesos responde el heredero?—Responde, no hasta donde alcance la estimación, sino hasta donde alcancen los bienes.

Así, si esos bienes se venden y se obtiene por ellos 8,000 pesos, responde sólo por esos 8,000, y si se venden y se obtiene 15,000 pesos, responde por esos 15,000, lo que viene á demostrar la carencia de objeto práctico en la estimación. Más aún: según los términos de la consulta, los coherederos van á quedar indivisos, y en ese caso, es todavía más innecesario el inventario estimativo.

Supongo, lo que sucede generalmente, que esa indivisión dure cinco, dure diez años, y que llegado ese plazo se pida la división y partición; entonces se encontrarían los herederos con que teniendo que dividirse por partes iguales, con relación al valor en la época de la

partición, tendrían que hacer un nuevo inventario estimativo, desde que el primero no arrojaría el verdadero valor de los bienes, teniendo en consecuencia que soportar los gastos y molestias de dos inventarios y de dos avalúos, de los cuales el primero para nada útil podría servir.

Nuestro Código Civil modificó la forma de la aceptación de la herencia por la mujer casada.

Por las leyes 54 y 55 de Toro, la aceptación por parte de la mujer podía ser hecha pura y simplemente, pues sólo se le obligaba á la aceptación bajo beneficio de inventario, cuando lo hacía sin estar para ello autorizada por su marido.—Conformes Llamas y Molina, y Caravantes, «Comentario á las leyes de Toro», tomo 2.º, páginas 293 y siguientes.

Y estudiando la cuestión bajo otro punto de vista, ¿qué razones ó qué motivos ha tenido la ley, para obligar á la mujer casada á que para aceptar una herencia, la acepte bajo beneficio de inventario?—Teniendo en cuenta dos motivos, ó para garantir dos intereses, se ha consignado la disposición: el interés de la mujer y el interés de los terceros.

Ahora bien, para garantir estos dos intereses no tiene objeto alguno el inventario estimativo.

En efecto,—con que el inventario sea hecho de buena fe, con que comprenda todos los bienes hereditarios y con que en él se llenen las formas prescritas, es decir, que sea como lo enseñan los autores: fiel, exacto y regular (Baudry-Lacantinerie «Droit Civil» tomo 7.º, números 1670 á 1677)—con el cumplimiento de esos requisitos quedan suficientemente garantidos la mujer y los terceros interesados.

Agregar un requisito que, además de inútil, es gravoso, no hay por qué imponerlo, máxime cuando ninguna disposición lo exige.

Sobre la forma en que debe hacerse el inventario, no la prevé el Código Civil, remitiéndose en este punto á lo que prescriban las leyes sobre procedimientos.

Hay que tener en cuenta que al promulgarse nuestro Código, no teníamos Código Procesal, rigiendo en aquella época las antiguas leyes españolas, y una que otra ley patria.

Por las leyes españolas se exigía al heredero beneficiario el inventario no estimativo, con las siguientes formalidades: «que empezara el inventario dentro de 30 días de que supiere la apertura de la sucesión; que interviniera Escribano Público, previo auto de Juez que lo comisionara al efecto; que citara á los que el testador hubiese dejado alguna cosa en el testamento, y por su falta ó ausencia llamara para que presenciasen el inventario á tres testigos del pueblo que fueran de buena fama y que conocieran al heredero ó inventariante; que se expresara en el inventario con precisión y claridad todos los bienes, créditos y acciones del difunto, igualmente que sus deudas; que se expresase también el día, mes, año y lugar en que se empezara y concluyera y que el heredero lo firmara, y si no sabía lo hiciese por él un Escribano.» Estas formalidades se exigían con arreglo á la ley 5, título 6, Partida 6, y á la ley 100, título 18, Partida 3.

Por lo expuesto, podemos sacar en consecuencia que de las disposiciones del Código Civil, en el caso en consulta, no existe la obligación legal del inventario solemne y estimativo al mismo tiempo; que la mujer casada no está equiparada á las personas bajo tutela ó curatela, y que la exigencia de la estimación es ilegal, sin objeto y perjudicial.

Pasando ahora a estudiar el Código de Procedimiento Civil, nos encontramos con que obliga, en este caso, a la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario.

En cuanto al inventario, según las circunstancias puede ser extrajudicial o judicial.

Si la mujer hubiera celebrado capitulaciones matrimoniales reservándose la administración de sus bienes, en este caso estaría autorizada para ejecutar un inventario privado.

Si la mujer es mayor y tiene la autorización de su marido para administrar la herencia de que se trata, también podría proceder, de acuerdo con el artículo 1060, a la facción de inventario extrajudicial, siempre que los otros coherederos unánimemente resolvieran que no se hiciera inventario solemne.

No encontrándose la mujer en ninguno de estos dos casos, debe hacer inventario solemne, pero sin necesidad de que sea estimativo.

El artículo 1066 reproduce las disposiciones contenidas en el Código Civil referentes a las personas que no pueden aceptar sino con beneficio de inventario, incluyendo entre ellas a la mujer casada; y como el artículo 1060 dice que: «El inventario extrajudicial podrá practicarse cuando los herederos sean capaces de administrar sus bienes», resulta que la mujer casada, en el último caso propuesto, debe hacer inventario solemne o judicial.

Sobre el artículo 1066 caben las mismas observaciones que hice a los artículos correlativos del Código Civil. El Código procesal obliga a que la mujer casada, al aceptar, acepte la herencia bajo beneficio de inventario; el artículo 1060, en el último caso supuesto, la obliga a la facción de inventario solemne o judicial, pero no existe la obligación de que el inventario sea estimativo.

Con respecto a las personas sujetas a tutela, curatela o patria potestad, ya he demostrado que si tienen la obligación del inventario solemne y estimativo algunas, y otras solemne y en parte estimativo, esto se debe, no al artículo 1066, ni tampoco al 1055 del Código Civil, sino a los artículos que antes cité de este último cuerpo de leyes.

Las formalidades que deben llenarse en el inventario están especificadas en los artículos 1061 y siguientes; y en el artículo 1073 se establece claramente lo que el inventario debe contener.

Por regla general, para la aceptación de una herencia en la que no se va a proceder a la partición, no es necesaria la estimación de los bienes, salvo casos de excepción especialmente previstos.

Sé que se pretende citar, contra esta opinión, dos disposiciones del Código de Procedimiento: las contenidas en los artículos 1036 y 1092, pero ninguna de ellas puede tener aplicación en este caso.

El artículo 1086 figuraba en el Proyecto del doctor Requena con el N.º 1064, y fué tomado casi textualmente del artículo 651 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil argentino redactado por el Doctor Domínguez en el año 1868, el cual a su vez reprodujo, con alguna diferencia de palabras, el artículo 441 de la Ley de Enjuiciamiento española de 1855.

No comprendo qué argumento se puede sacar del artículo 1086 en contra de la tesis que sostengo, porque si el argumento consiste en los términos de su redacción cuando dice: «serán avaluados en tal forma todos los bienes comprendidos en el inventario», sería este un argumento que, por querer probar demasiado, nada probaría.

Por avalúo se entiende la determinación del valor

que tienen los bienes inventariados, y su objeto es, como lo enseña Caravantes: «que puedan éstos distribuirse entre los interesados con la debida igualdad y exactitud, pues como dice Febrero, sin la avaluación no puede procederse a la partición». (Tratado de los Procedimientos Judiciales, tomo 3, página 34).

Teniendo como tienen derecho los herederos a quedar indivisos a no efectuar la partición, lógicamente deben también tener el derecho de no proceder al avalúo que es previo a aquella.

La ley se coloca en el caso general de que los herederos terminen por completo la tramitación sucesoria y que cada uno de ellos reciba la porción de bienes que le pertenezca, y por esa razón legisla el avalúo, inmediatamente después de haber tratado del inventario, como legisla la partición, también inmediatamente después de haber tratado del avalúo.

Y de las palabras: «serán avaluados todos los bienes inventariados», ningún argumento se puede sacar, porque también en el artículo 1094 se dice que: «aprobado el inventario y avalúo de los bienes... se procederá a la liquidación y partición de la herencia», y ya he dicho anteriormente que, de acuerdo con la misma ley, los interesados pueden quedar en comunidad sin ir a la partición.

Del artículo 1094 tampoco se puede deducir argumento alguno serio en contra de mi argumentación.

En efecto, dicho artículo, cuyo origen no he podido precisar, se puede referir a cuando los interesados de común acuerdo lo soliciten, pedido que pueden formular, desde que ninguna disposición lo prohíbe, y también a cuando lo exija expresamente la ley.

La ley, ya hemos visto que exige el inventario simultáneamente con el avalúo o estimación, entre otros, en el caso de personas sujetas a tutela o curatela, hasta cierto punto también cuando los hijos sometidos a la patria potestad sean herederos, y cuando en el caso del artículo 1055 el heredero mayor y capaz, que puede optar entre la aceptación pura y simple, o con beneficio de inventario, opta o quiere, como dice la ley, por la aceptación bajo esta última forma.

No estando comprendido expresamente en la ley el caso en consulta, no se le puede, en consecuencia, aplicar la disposición del artículo 1092.

Podemos deducir, de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento, que en el caso en consulta la mujer casada tiene la obligación, para aceptar la herencia, a aceptarla con beneficio de inventario, y que, según los casos, puede hacer inventario privado o solemne, pero sin necesidad de que sea estimativo.

Veamos ahora la Ley de Herencias de 1893.

Esta ley no modifica al Código Civil, ni al Código de Procedimiento, en cuanto no exige el avalúo o tasación judicial, desde que la mujer casada, con autorización del marido, puede concurrir a la partición extrajudicial.

Para el pago del impuesto de herencia, la ley en su artículo 15, permite que: «en las particiones extrajudiciales se aceptará, para la liquidación de la sucesión y del impuesto, el inventario privado que presenten los interesados»; por el artículo 21 se faculta a los mismos «a que tomen por base para el avalúo de los bienes raíces el aforo de la Contribución Inmobiliaria»; por el artículo 22 se permite que los interesados presenten el cálculo del impuesto; lo mismo permite el inciso 2.º del artículo 14; y por el artículo 6 del Decreto Reglamentario se autoriza a establecer el monto de los derechos «sin necesidad de liquidaciones por separado».

De modo que con arreglo á estas disposiciones, en el caso consultado, la mujer casada puede perfectamente, haciendo uso de aquéllas, presentar el cálculo del impuesto, conjuntamente con los otros coherederos, sin necesidad de avalúo judicial.

Sé también que contra esta opinión se pretenden citar dos disposiciones de la ley: las consignadas en los artículos 21 y 15, pero ninguna de estas dos disposiciones puede dar lugar á destruir la argumentación formulada.

En efecto: si los interesados, entre ellos la mujer casada, presentan el inventario privado para liquidar el impuesto, el Ministerio Fiscal podrá exigir la facción de inventario solemne, es decir, el inventario judicial, pero esto no quiere decir que pueda exigir al mismo tiempo que el inventario sea estimativo con estimación judicial, pues para esto último necesita ley expresa que lo autorice, y dicha ley no existe.

La parte final del artículo 21 establece que «cuando se haya practicado tasación judicial, tiene derecho el Fiscal, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto Reglamentario, á nombrar un tasador». Y este derecho del Fiscal, sólo le corresponde cuando se haya practicado tasación judicial, es decir, cuando los interesados lo hayan solicitado, ó en los casos de herencias deferidas á personas á quienes la ley expresamente les impone la obligación del inventario solemne y estimativo, casos que ya hemos estudiado y entre los cuales no se encuentra el que motiva esta consulta.

Me queda una sola cuestión á resolver: la exigencia del inventario, según la consulta, parte del señor Fiscal de lo Civil: ¿es procedente este pedido?

Creo que, por lo dicho anteriormente, es ilegal esta exigencia, y sólo debo agregar pocas palabras para reforzar mi argumentación.

El Ministerio Público, representado por el señor Fiscal de lo Civil, no tiene intervención sino en los casos del artículo 132 del Código de Procedimiento, y además, según el 134 del mismo Código, «cuando las leyes prescriban expresamente su audiencia ó intervención», y como en el inventario, en el caso en consulta, la ley no le acuerda intervención ninguna, es ilegal el concederle vista del inventario y también ilegal el pretender que aquél se haga estimativo.

El Código Civil sólo prescribe la audiencia del Fiscal de lo Civil, en su carácter de defensor de incapaces, en los artículos 1105 y 1121, para aprobar las particiones, pero no prescribe su intervención, ni para el inventario, ni para el avalúo.

La Ley de Herencias tampoco le acuerda intervención al Fiscal de lo Civil, pues el que puede exigir el inventario solemne para los efectos de dicha ley, según el inciso 2.º del artículo 15, es el Ministerio Fiscal, y el Ministerio Fiscal, según el artículo 133 del Código de Procedimiento, no está representado por el Fiscal de lo Civil, sino por el Fiscal de Hacienda.

Y por último, para hacer resaltar aún más la ilegalidad del inventario estimativo, supongamos que fuera legal la exigencia, que el Fiscal de lo Civil pudiera solicitar el inventario estimativo. En este caso, los herederos no podrían usar de las facultades concedidas en la Ley de Herencias, porque autorizando ésta á pagar el impuesto sobre los inmuebles, con arreglo á las planillas de Contribución, el Fiscal de Hacienda se opondría á ello, amparándose en la parte última del artículo 21, que obliga á tomar como base para el cálculo del impuesto la tasación judicial.

De modo que el Fiscal de lo Civil haría ilusoria la facultad concedida por la ley.

Dejando así contestada su consulta, me suscribo de usted afectísimo amigo y seguro servidor.

Rafael Gallinal.

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario ⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

(Continuación)

El primero no es en rigor un sistema, sino un expediente. Nadie que yo sepa ha tratado de justificarlo como tal, por más que todas las sociedades hayan hecho uso y abuso de él. En un principio esa forma de castigo fué sólo una manifestación de ignorancia; hoy, allí donde se mantiene, es un síntoma grave de desidia, ó de hondo quebranto financiero. No hay necesidad de explicar en qué consiste; su nombre es una definición. La sociedad, á título de represión del crimen reúne bajo un mismo techo á todos los criminales. Es una asamblea permanente de malhechores, donde el delincuente de alto coturno encuentra la consagración de sus excepcionales facultades para el delito, exteriorizada en el inmenso respeto que se le dispensa, y donde el hombre extraviado por una primera falta, pero susceptible aún de regeneración sufre la poderosa impulsión que lo obliga á rodar hasta el abismo. Los malhechores que no han logrado conocerse en libertad, cambian allí sus primeras frases afectuosas, y salen de la cárcel fortalecidos más que nunca en la voluntad de delinquir. No sólo se combinan allí los golpes maestros del futuro, sino que á veces logran darse con verdadero éxito desde la cárcel misma.

El señor Lastres ha relatado la habilísima estafa de los huéspedes del *Saladero* conocida con el nombre de *entierro*. El *Saladero* ya no existe, pero las prisiones criminales españolas continúan sirviendo de escenario á esas combinaciones: hace muy poco hemos visto una carta procedente de una de ellas y dirigida á un comerciante de esta plaza, en que se trataba de hacerlo víctima del socorrido ardid.

Es en las cárceles de ese régimen donde se forman principalmente esos pequeños núcleos criminales conocidos con el nombre de la *tercer*, concierto inestable de dos ó tres sujetos para cometer un delito, y que con justicia se mira por los observadores como una de las formas más eficientes de la actividad criminal.

Si es verdad que el hombre tiende á identificarse con su medio, según una ley psicológica, que se ha explicado de diversas maneras, es indiscutible que el peor ambiente que puede darse á un malhechor es el de una sociedad de criminales. Las cárceles de ese modo organizadas son verdaderos seminarios criminales: el veterano enseña, el recluta aprende y ambos se aperciben de que

(1) Véase número 12, año corriente.

no están solos y que el delincuente tiene también un mundo en qué reflejarse. No hay nada que contribuya más enérgicamente á fijar el destino de un hombre, que ese apoyo moral que se encuentra en los demás: un solo criminal, como un solo hombre virtuoso, son cosas imprevisibles en el mismo grado. El sujeto necesita, como la llama necesita del oxígeno, quien lo secunde en su manera de ser, buena ó mala; cuando lo consigue, su personalidad se afirma, su voluntad se agiganta, y es capaz de devolver centuplicada la suma de energía recibida.

La inclinación de estos miserables, una vez que ingresan á la cárcel, según el testimonio de los directores, es la de revelarse á los ojos de sus compañeros como peores de lo que realmente son. Muchos agravan las circunstancias de su delito, otros se atribuyen violaciones de la ley que no han cometido jamás. Es preciso mostrarse á la altura de la compañía. Los ladrones, según Lombroso, procuran disimular á los ojos del visitante la gorra especial con que se les distingue de los homicidas. Un robo es muy poca cosa para merecer el honor de ser alojado en una cárcel. Existe en ellos, aunque parezca monstruoso decirlo, la vanidad de ser un gran criminal y la vergüenza de no serlo bastante. Refiere Gauthier que visitando un día la emperatriz Eugenia la prisión de la Roquette, en compañía de Emilio Olivier, le preguntó á un joven recluso por su padre. «Mi padre, replicó el jovenito sobresaturado de orgullo, mi padre es un forzado!»

Ese orgullo de clase, esa original satisfacción de la propia maldad, fenómeno común en las prisiones, es la comunidad de la prisión quien la despierta; interiormente el criminal está menos conforme de sí mismo que lo que aparece; la sociedad de sus iguales lo hace cínico, porque apaga en él los últimos ecos de la conciencia. Puesto que se vive entre malhechores, es preciso ser gran malhechor, y rendir homenaje al delito. Toda prisión de este género tiene su aristocracia bien cimentada; el rango, lo discierne el delito. Durante las cuatro semanas que pasé en las prisiones de París, dice el mismo Gauthier que acabamos de citar, tanto en Santa Pelagia como en la Santé, me había llamado la atención el respeto que me dispensaba toda la *troupe* de derecho común. Durante mucho tiempo llegué á imaginarme que esos miserables, conservando todavía en la infamia de su caída un destello vacilante de conciencia y de razón, sabían hacer la diferencia y medir la distancia del abismo moral que aún bajo la identidad de régimen separa un condenado político de un condenado por robo, estafa, falsedad, atentado al pudor, etc. El secreto del enigma me fué revelado un día por un cínico al cual yo interrogué ex abrupto: «Es que yo era el que gozaba de la más alta condena.»

Los perversos ceñen fácilmente á la atracción de este abismo; los otros se resisten y luchan algún tiempo, pero acaban también por ceder. ¿Qué grado de resistencia puede esperarse de una voluntad quebrantada por el choque de una primera caída? El cuadro de tamaña abyección moral, primero espanta, después tranquiliza, más tarde impulsa: entonces ya no hay nada que hacer ni nada que esperar del miserable delincuente. Todos los autores convienen en atribuir á este régimen de la prisión un rol importantísimo en la etiología de la reincidencia. Si ellos callaran, hablarían en su lugar las mismas víctimas. Hace ya muchos años que el famoso caballero de la *Mortière*, escribiéndole al príncipe de Conti, dirigía en ese carácter la primera acusación que se haya quizá formulado contra el sistema de la comunidad. «San Lázaro, le decía, es el género de prisión que clasifica á un hombre; si me hubiesen puesto en la

Bastilla, yo habría ocupado á mi salida un puesto en la sociedad de la gente honesta, mas al dejar San Lázaro he debido colocarme al frente de la canalla.» De entonces acá, son muchos los que han repetido esa acusación. Fuerza es que así sea. El criminal da el primer paso, y la cárcel le hace dar los demás. Cuando un hombre comete una falta por primera vez, todavía puede no ser un perverso; su conciencia quizá se mantiene inalterable y le reprocha severamente la falta cometida. Hay hombres superiores á sus vicios, como hay otros inferiores á sus virtudes: la correspondencia entre el sujeto y la manifestación externa de la conducta no es tan armónica como se cree. Lo esencial es que el delincuente no niegue en principio esa misma moral que ha negado en el hecho; lo esencial es que siga creyendo en la virtud, después de haberse desviado de ella, que salve, en una palabra, la conciencia, en el triste naufragio de la voluntad. No está todo perdido si el delincuente es capaz de comprender el mal que ha hecho y experimenta cierto grado de aversión por él. Impedir el final de este derrumbe es un deber en el mismo grado que una necesidad.

Es evidente que el régimen de la prisión común no responde á ese fin. El delincuente encuentra precisamente en ella todo lo contrario de lo que debiera hallar para conseguir su reforma. Le hacen falta exhortaciones morales, y se encuentra con la apología del vicio; necesita robustecer la impresión de aislamiento que padece el delito y descubre un mundo *ad hoc*, donde el criminal puede sofocar las angustias de la soledad; requiere avivar las indecisas acusaciones de su conciencia, y nota con extrañeza la risa en todos los labios, la alegría en todos los semblantes, la conformidad en todos los corazones. El efecto es decisivo é invariable; el delincuente pierde allí el resto de moralidad que aún le quedaba. Podía ser un desgraciado cuando ingresó á la prisión; á su salida es un criminal de profesión; con la conciencia, ha perdido la anterior aversión al delito.

Las estadísticas evidencian al infinito esta funestísima influencia de la prisión común sobre el carácter y la moralidad del delincuente. El antiguo Baño de Francia daba 90 y 95 % de reincidentes, cifra abrumadora que dice más en contra del sistema que todas las consideraciones filosóficas. Vamos á concluir: Si tuviéramos necesidad de concretar en pocas palabras el juicio que nos merece la prisión común, diríamos, aunque un poco hiperbólicamente: que es la *apoptosis del gran criminal*, la *escuela del criminal torpe* y la *tumba moral del criminal por accidente*. Es pensando en esto último que vienen maquinalmente á la memoria las terribles palabras que Dante vió escritas á la entrada del infierno y que un autor contemporáneo juzgaba mandadas hacer de encargo para el frontispicio de muchas cárceles: *Lasciate ogni speranza voi qu'entrate*.

Este deplorable sistema puede decirse que es el adoptado en el país; casi todas las cárceles están regidas por él. Actualmente son comunes las prisiones departamentales, en su totalidad, la Cárcel Central de Policía y la Correccional; sólo escapa á esa regla la Penitenciaría. En ninguna de ellas hay *quartier* especial para los prevenidos. Este hecho, que agrava los defectos naturales del régimen, se halla en cierto modo compensado por la circunstancia de la reducida población que abriga cada cárcel, con excepción de la Correccional. El efectivo de las prisiones departamentales, contados los prevenidos, rara vez ultrapasa la cifra de 50, y el de la Cárcel Central se mantiene invariablemente entre 10 y 20 reclusos. Si se tiene en cuenta que la inmoralidad y el desorden

de las prisiones es invariablemente proporcional al número de asilados, no dejará de conceptuarse esta circunstancia como muy favorable.

Clasificación por categorías.—Se ha intentado corregir los vicios de la prisión común por el expediente de las clasificaciones. Según esta nueva forma de comunidad, los penados deben ser reunidos en categorías rigurosamente impermeables, internados en prisiones separadas ó en diversos *quartiers* de una misma prisión. Los grupos se organizan según la naturaleza del delito, la calidad del delincuente ó el grado de la pena.

Este sistema lo introdujo en Francia el ministro Persigny, el año 53, por una circular que ha llegado á adquirir una triste celebridad en los anales de la ciencia penitenciaria, es también con algunas modificaciones uno de los elementos del sistema irlandés, en el segundo período. Actualmente solo existe en muy contadas prisiones europeas. Francia no ha logrado aún emanciparse completamente de él, á pesar de la sabia reforma legislativa de 5 de junio de 1875.

¿Qué decir de él? Este sistema ha sido ya definitivamente condenado por la ciencia. Si fuera posible organizar los grupos con todo acierto, es indudable que los vicios de la promiscuidad quedarían en cierto grado eliminados. No es tan pernicioso para un delincuente novicio la compañía de un hombre tarado por pequeñas subversiones morales como la de un criminal de profesión, curado de escrúpulos, y versado en todos los recursos del mal. La dificultad está en esa organización; no hay un criterio, ni una combinación racional de criterios que produzca el efecto deseado.

La separación de los conscriptos y los veteranos, de los novicios y los reincidentes, la más lógica quizá de todas las que pueden proponerse, es falsa é inconveniente: hay malhechores que en su primera falta agotan toda la esencia de la inmoralidad; hay otros de cuya latente perversidad no da indicios el primer delito. El noviciado es á veces la manifestación de una larga experiencia y de una suprema habilidad en la carrera del mal.

Queda la clasificación por la naturaleza del delito. Según esta fórmula, los autores de contravenciones semejantes deben integrar una misma categoría; tendríamos de ese modo á los ladrones con los ladrones, á los homicidas con los homicidas, á los estafadores con los estafadores. Esta clasificación es menos aceptable que la anterior. De primera cerebración, ocurre pensar que la identidad en el delito no implica equivalencia en la moralidad del agente; y que sería por lo menos inconsecuente atenerse á ese criterio para conjurar el peligro de la contaminación moral. El homicida pasional y el ratero inexperto tienen, mirando al fondo de las cosas, bien pocos puntos de contacto con el asesino inclemente y el ladrón profesional para que puedan ser confundidos en una sola agrupación: sería inferir una injuria á los primeros y hacer un verdadero honor á los últimos. Doña Concepción Arenal, cuya autoridad en esta materia está al abrigo de toda discusión, prefiere la junta de los malhechores de diversa especialidad antes que la asimilación de los que ejercitan una misma forma de la actividad criminal; el menosprecio corporativo que suelen abrigar los asesinos por los ladrones y viceversa, puede, á juicio de esta eximia escritora, ser un aislador de relativa eficiencia.

Mr. Tarde, que conviene generalmente en la justicia de estas observaciones al sistema de las categorías, propone la solución incompleta de separar los delincuentes rurales de los urbanos; á su juicio, éstos corrompen invariablemente á los últimos. Admitida la conveniencia de esta separación, quedaría por averiguar con arreglo á qué cri-

terio deben hacerse las otras que es necesario introducir en esas dos grandes divisiones urbana y rural de la criminalidad. Convencidos algunos escritores de la imposibilidad de resolver este problema con ayuda de los mencionados criterios objetivos, han creído salir del paso mediante la clasificación subjetiva. El primero, que yo sepa, en sugerir este método, fué Bentham en el «Tratado de la Legislación»; posteriormente ha sido también indicado por Gauthier en «Le Monde des Prisons», no sabemos si con noticia de ese antecedente. He aquí cómo se expresa Gauthier. Yo desearía que cada detenido fuese sometido, durante un tiempo más ó menos largo, á una vigilancia análoga á esa que en los asilos de alienados se llama período de observación. No sería sino después de haber pasado por esta prueba que el delincuente sería definitivamente clasificado é incorporado al grupo de aquellos que un estudio análogo hubiera revelado parecérseles bastante, por el carácter, la educación, los antecedentes, los instintos y el grado de moralidad. Este examen debe hacerse por el director de la cárcel, ó por un *juri* permanente compuesto por médicos y magistrados, y presidido por aquél. Exactamente esa es la idea de Bentham, que la índole arquitectónica del panoptico, según él, estaba destinado á allanar sobremanera. Se recordará, en efecto, que el director, según lo hemos dicho, puede en este *specimen* de construcción carcelaria observar desde la torre central, sin ser visto, todos los movimientos del preso encerrado en su celda.

Este método de clasificación, que es teóricamente bueno, no puede decirse que sea superior al otro en la práctica. Prácticamente, la tarea de investigar la filiación moral de un hombre es bastante más difícil de lo que se cree. El alma del delincuente permanece tanto más cerrada cuanto mayor interés se muestra en franquear sus límites. El criterio auxiliar de los antecedentes contribuiría á allanar algunas dificultades, pero no permitiría resolverlas todas, ni siquiera las de mayor transcendencia.

Sería un dato más en el proceso de investigación, pero no pasaría de ahí. En dos palabras podemos sintetizar el juicio que nos merecen ambos métodos objetivo y subjetivo de clasificación: *el primero es falso, el segundo es impracticable.*

Los resultados del sistema constatados en Francia durante los cuatro lustros, del 53 al 75, que rigió la organización penitenciaria, son bien poco halagüeños. Insertamos algunas cifras tomadas de la obra de Herboso por vía de demostración. Sobre cien hombres detenidos en los establecimientos penales, había, según la estadística publicada el año 75 por el Ministerio del Interior:

Condenados con anterioridad á más de un año	37,41
A un año y á menos de ese tiempo	38,71
Libertados de colonias agrícolas	4,42
Total	80,54

Y sobre cien mujeres:

Condenadas anteriormente á más de un año	22,340
Condenadas á un año y menos de ese tiempo	26,493
Ex detenidas	1,233
Total	50,066

A los inconvenientes enunciados, los autores agregan otro basado en las dificultades de la organización del trabajo penitenciario intensamente persuasivo. Hay por

una parte manifiesta utilidad en hacer trabajar al penado, y por otra en no obligarlo á aprender un oficio nuevo. ¿Cómo se satisfacen ambas exigencias, cuando la profesión del delincuente no coincide con la industria impuesta al grupo á que ha sido destinado?

Como se ve, el dilema no tiene solución: es preciso sacrificar el interés de menor cuantía, obligando al penado á renovar su educación industrial, lo que en suma importa perder tiempo y malograr aptitudes.

Aislamiento absoluto, sistema de Filadelfia.—Según hemos dicho en páginas anteriores, la prisión celular fué transportada de Europa á América; á principios del siglo XVIII, en efecto, en Roma, en Milán, en los estados de Flandes, ya existían cárceles de la índole de la que recién en 1790 se construyó en Filadelfia. El mérito de los americanos es haber galvanizado esta institución, extra-yéndola de la penumbra en que parecía condenada á permanecer indefinidamente; la evidencia que adquirió en este país es el punto de arranque de su actual difusión.

Bien conocida es la naturaleza del sistema filadelfiano, primera modalidad de la reforma penitenciaria americana: el preso debe permanecer encerrado en su celda durante todo el tiempo de la condena, de día y de noche, entregado á la más implacable soledad. Sólo la lectura podría interrumpir momentáneamente en América esta forzosa autocontemplación del asilado; el trabajo en efecto, figuraba en el reglamento, pero, según parece, nunca fué incorporado á las prácticas de la institución. Este sistema era en verdad el que mejor se adaptaba al severo ambiente moral de la época, obra recíproca de puritanos y cuáqueros, aun cuando estos últimos son los verdaderos precursores de la reforma. Se confiaba exclusivamente en la eficacia del dolor y del aislamiento para regenerar al criminal; el penado debía sacar de sí mismo, de los íntimos pliegues de la conciencia, ayudado por la introspección de la celda, los elementos de su nueva personalidad moral.

Este sistema tenía dos defectos fundamentales que debían contrarrestar en la práctica todas sus buenas condiciones: por un lado era demasiado riguroso al prescribir la celda continua, y por otro era absolutamente falso admitiendo *a priori* la inmanencia de la regeneración moral del hombre.

Ocupémonos del primer punto. La reclusión celular absoluta martiriza y envilece al criminal, sin resultado práctico alguno. Ha dicho Aristoteles que, *para vivir solo, es preciso ser un bruto ó un Dios*; fuera de éstos, en efecto, solo el hombre que más se asemeja á un Dios, el hombre de genio, soporta bien la soledad. Pero es que la soledad del genio es nada más que aparente; sujeto privativo de un mundo intangible, el sabio vive más acompañado por sus pensamientos que el hombre vulgar por la sociedad de sus semejantes. El comercio de las ideas reemplaza en el pensador el comercio de los hombres, y eso le permite hallar en sí mismo el apoyo que los demás tienen que buscar fuera de sí mismos.

Pero el desgraciado malhechor no es ni bruto, ni sabio, ni Dios. La soledad de la celda es para él la suprema soledad. Privado de la compañía de los demás, está en realidad privado de toda compañía. No sabe ser su propio interlocutor, ni puede refugiarse en la abstracción. Todo lo que distrae, preocupa ó absorbe; todo aquello que anula en el hombre la noción de la existencia, todo eso queda á la entrada de la celda: la misma puerta cierra á la vez la comunicación del delincuente con los demás y la del delincuente consigo mismo. El miserable es incapaz de reemplazar el mundo perdido con uno nuevo, arrancado á las entrañas de

su pensamiento. Su espíritu no vibra en él, sino para recordarle que está solo con su desdicha en aquella especie de tumba que es acaso el comienzo angustioso de la otra. La vida así, es mil veces peor que la muerte. La sociedad no tiene el derecho de reducir á un ser humano á un estado tal de simplificación moral que sólo conserve conciencia para sufrir. Los antiguos procedimientos de tortura imponían al menos directamente el sufrimiento, y no hacían que la víctima fuera su propio verdugo. La celda en esas condiciones mata con el pretexto de respetar la vida, y envilece á título de corrección moral. Son terribles los efectos de esta obsesión del dolor, que se impone por semejante medio. Unos pierden la razón, otros el amor á la vida, los más el respeto de sí mismos; los que escapan á la atracción de uno de estos tres abismos, salen disminuidos en su personalidad, en un grado tal, que difícilmente afrontan las dificultades de la vida libre. Este resultado es sobretodo infalible en las condenas largas. Las voces de protesta que en diversas épocas se han elevado contra el régimen celular, sólo son justas aplicaciones á esta forma inclemente del sistema. Ella es privativamente la que explica este fogoso apóstrofe de Larrochefoucauld: «*Ningún ministro, ningún decreto judicial, ni ley alguna tiene el derecho de ordenar el aislamiento en celda. La sociedad tiene que precaverse, tiene que poner fuera de toda posibilidad de hacer mal, al que ha sido culpable y parezca todavía peligroso; pero la sociedad no debe atacar la razón del hombre, esa inteligencia que le viene de Dios...*» El Botany Bay de los ingleses es preferible á esos sepulcros vivos de los americanos.

El otro punto es aún menos incontrovertible. La regeneración del delincuente por sí mismo, es una delirante utopía. El carácter humano no es irreductible; al menos nosotros no lo creemos; el individuo cambia más ó menos según la edad y las influencias en juego; pero toda modificación es inconcebible, sin una causa apropiada. Creer que el hombre pueda nacer á una vida moral, por su solo esfuerzo, es negar el principio de causalidad en uno de los fenómenos en que la observación descubre precisamente mayor persistencia: es asentir en una especie de generación espontánea de la moralidad. El carácter no puede depender de la mayor ó menor superficie que un hombre tenga para ejercitar sus movimientos. El infame conserva sus vicios, y el virtuoso sus méritos, lo mismo en un espacio de cuatro metros que en superficie tan extensa como la de la tierra.

La soledad de la celda es favorable al desenvolvimiento de cierta gravedad psicológica. Es admirable, dice en algún lado Demetz, el ilustre fundador de la célebre colonia de Meltray, *el carácter de seriedad que adquieren en la celda las ideas del preso*. Es fácil que en estas condiciones un hombre de buena índole moral, accidentalmente ubicado en el vicio, quién sabe por qué extrañas circunstancias, al hacer el inventario de su conducta, resuelva volver sobre sus pasos y entrar de lleno en la vía de la regeneración, pero es preciso confesar que no son los individuos de esta especie los habituales pobladores de la cárcel.

JURISPRUDENCIA

Existe delito de injurias, de acuerdo con los artículos 404 y 407 del Código de Instrucción Criminal, por el hecho de atribuir

por la prensa á un funcionario público la comisión de actos inmorales en la oficina en que se halla y la violación de la correspondencia que se encuentre bajo su guarda.

Tratándose de los delitos calificados de imprenta, corresponde la aplicación de los artículos 404 y siguientes del Código de Instrucción Criminal, como lo demuestran los artículos 360, 361 y 467 del Código Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: Este juicio por injurias y calumnias deducido por G. A. contra J. T. y M.; y

Resultando: Que el actor se presentó, f. 4., acompañando á f. 2 un número 33 del periódico «El Trabajo» correspondiente á mayo 29 de 1907, sosteniendo que la publicación que en él aparece firmada con el seudónimo Leogardo de Monteviel corresponde al demandado, infringiéndose en ella agravios por los que se querrela y pide se aplique al actor la pena correspondiente, invocando lo dispuesto en el artículo 360 del Código Penal. Acompaña el acta de inútil conciliación de f. 1, en que el reo se reconoce autor de la publicación aludida, y el periódico «El Derecho», de f. 3, en el que luce un remitido firmado por el propio actor, para demostrar que la publicación que acusa no es una represalia del reo, como éste lo afirma en el acta de la conciliación.

Que el reo, al contestar á f. 8, sostiene no haber injuriado ni calumniado á A. en el remitido aludido y que reconoce como suyo, manifestando que los conceptos por los que aquél se agravia no constituyen el delito previsto por el artículo 360 del Código Penal.

Que presentados los escritos de orden, f. 11 y f. 13, por las partes, el Juzgado, por los fundamentos expuestos en el auto de f. 18, dispuso que el juicio fuera abierto á prueba, sin que las partes produjeran alguna, ordenándose á f. 19 se agregara por el actor el periódico que hoy luce á f. 25, citándose á f. 22 á las partes para sentencia;

Considerando: Que debe resolverse, antes que otra cosa, si existe delito en el caso sub-judice. Un ligero examen de la publicación acusada demuestra que ella implica un delito contra el honor y la tranquilidad privada, castigado por la ley penal, desde que atribuye al actor actos que si fueran verdaderos podrían dar lugar en su contra á procedimientos penales ó disciplinarios, exponiéndola además al desprecio ó odio público, como lo sería el hecho de convertir la oficina de la que es empleado aquél, en nido de amores profanos, ó de violar la correspondencia de la cual es encargado, lo que constituye una difamación determinada, corroborando el espíritu de todo el remitido ese propósito, aunque es de advertirse que el medio empleado para realizar el delito es el diario ó periódico acusado, por lo que él no cabe dentro de lo prescrito en el artículo 360 del Código Penal. En efecto, un hecho que incluye en sí la nota de inmoralidad ó injusticia para aquél á quien se imputa, de modo que ello le prive de su reputación de probidad, á la que en su ausencia tendría siempre derecho, constituye la difamación; y al caso ocurrente se aplican exactamente estos conceptos, que pueden leerse en la página 546 de las anotaciones de Pinchessi al Código Penal Italiano. El reo sostiene que su locución preguntando si el actor puede afirmar no haberse permitido nunca violar la correspondencia, no importa la atribución de ese hecho. El derecho que el actor tiene á la reputación, no admite que él ó otros

se atribuyan el de hacer tal interrogación, y menos públicamente; lo que importa un menoscabo de aquel bien incorporal, que en toda sociedad organizada debe ser amparado. Por otra parte, así como la jurisprudencia ha declarado siempre, que basta que la víctima sea designada de modo suficientemente claro, para poder ser reconocida (página y obra ya referidas), para que subsista el delito, así se admite siempre, por fuerza, que basta la evidente y clara intención para que exista el delito, como ocurre, sin subterfugio alguno posible, en el caso de la pregunta referida, cuyo *animus injuriandi* es evidente. Tratándose de imputaciones á un funcionario público, es de interés público su dilucidación, y así se dispuso que el reo utilizara la facultad del artículo 362 del Código Penal, cosa que no ha hecho, lo que es muy de tenerse en cuenta;

Considerando: Que si bien la naturaleza del delito imputado es de la de los que se prevén en el título X, libro 2.º del Código Penal, como se ha dicho, al ocurrente caso sólo pueden aplicarse las disposiciones sobre imprenta de los artículos 404 y siguientes del Código de Instrucción Criminal, desde que allí se legisla para los delitos de aquella naturaleza perpetrados mediante ese medio, los que no pueden incluirse en las disposiciones referidas del Código Penal, como así se desprende de sus artículos 360, 361 y 467, indicando este último que deben aplicarse las disposiciones referidas del Código de Instrucción Criminal, aun cuando resulten inarmónicas entre sí las personas, por su cuantía, contenidas en ambas legislaciones. Pero debe saberse antes, si habiendo el actor invocado el inadecuado artículo 360 del Código Penal, al acusar al reo, puede y debe el Juzgado aplicar contra éste las disposiciones antes referidas sobre imprenta. Para ello debe tenerse presente que el principio general de que la sentencia debe dictarse con arreglo á la demanda y las acciones deducidas, adoptado también en materia penal por nuestra legislación (artículo 191 del Código de Instrucción Criminal), no se viola en el caso, desde que en autos se ha acusado al invocar el artículo 360 del Código Penal por un delito de idéntica naturaleza á los castigados en el artículo 407 del Código de Instrucción Criminal referido, siendo sólo diferente y más benigna la pena á imponerse, de acuerdo con esta última disposición. La redacción de los artículos 360 y 417 del Código Penal, al salvar expresamente de su sanción los delitos referidos, que sean cometidos mediante diarios y periódicos, indica claramente que éstos quedan así sujetos á la legislación vigente en materia de imprenta, no existiendo duda alguna posible al respecto.

Considerando: Que en cuanto á la pena, debe aplicarse una leve, desde que, si bien es exacto que el reo en la polémica trabada ha tenido un rol de provocador,—periódico de f. 21,—ello es que los sucesos materia de este litis no tienen mayor importancia en su significación, máxime dado el móvil y origen del debate, todo lo que desvirtúa sus alcances y efectos morales.—Atento lo dispuesto en el artículo 407 del Código de Instrucción Criminal y 35 del Código Penal.

Por tales fundamentos, fallo:

Condenando á J. T. y M. á la pena de 50 pesos de multa ó diez días de prisión y á pagar las costas y costos del juicio. Ejecutoriada y cumplida, archívese.

Guadalupé, Octubre 19 de 1907.

Luis Benvenuto.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos: En segunda instancia este juicio seguido por G. A. contra J. T. y M. por calumnias é injurias, venido á conocimiento del Juzgado por la apelación interpuesta contra la sentencia de f. 22, que condena al querellado á la pena de 50 pesos de multa ó diez días de prisión y al pago de las costas y costos del juicio.

Por sus fundamentos; y

Considerando: Que la publicación acusada, como muy bien lo dice el inferior, constituye delito, por cuanto imputa al injuriado hechos que, si fueran ciertos, lo expondrían, por lo menos, al odio ó desprecio público. Que es tanto más reprensible la conducta del querellado, cuando, pudiendo producir prueba por ser el actor un empleado público, guardó silencio, no mostrando ningún interés en comprobar que eran ciertos los cargos formulados por él.

Considerando: Que la pena impuesta no tiene nada de excesiva, por cuanto se ha fijado el mínimo que señala el artículo 404 del Código de Instrucción Criminal.

Considerando: Lo dispuesto en el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,

Se confirma con costas la sentencia apelada.

Devuélvase.

Montevideo, 8 de febrero de 1909.

José Pastor.

Es improcedente la designación de la esposa para curadora del marido, declarado incapaz, cuando los cónyuges han vivido separados de hecho, impelidos á ello por desavenencias, riñas y recriminaciones recíprocas de carácter grave.

El artículo 394 del Código Civil no puede ser aplicado en el caso, sin que el objeto y fin de la curaduría fuera evidentemente violado.

INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

Señor Juez:

En mérito á lo que resulta del informe de fs. 52 y siguientes, corresponde que V. S. declare la incapacidad de B. D. y le nombre como curadora legítima á la esposa doña E. C., dado lo que resulta del testimonio de fs. 58 y siguientes.

Montevideo, agosto 4 de 1908.

Abel C. Pintos.

SENTENCIA DE 1.ª INSTANCIA

Vistos: Por lo que resulta de autos y atenta la conformidad del Ministerio de Incapaces en cuanto á la declaración de incapacidad, y;

Considerando: que si bien el artículo 394 del Código Civil establece que el marido es el curador legítimo y necesario de su mujer declarada incapaz y ésta lo es de su marido, esta disposición legal no puede tomarse en el sentido absoluto de que en todos los casos y situaciones anormales de hecho fatalmente tal curaduría debía ser designada por los jueces, aun cuando causas poderosas

de justicia, de humanidad y de conveniencia para el incapaz, como ocurren en el caso *sub judice*, se opusieran á ello;

Considerando: que de los autos mandados agregar para mejor proveer caratulados «E. C. contra B. D. solicitando pensión alimenticia y litis expensas» y «E. C. solicitando se intente á su esposo B. D. la reciba en su hogar» resulta plenamente comprobado que la señora D. ha vivido durante largos años y todavía á la fecha de la iniciación del juicio de incapacidad separada, de hecho de su marido, en lucha tenaz de odios y de injurias recíprocas que llegaron al grado más ofensivo; situación esta que se reconoció en la sentencia de primera instancia de fs. 307, de los últimos autos mencionados, en la que el magistrado que la dictó dice: «que en el caso de «los esposos D. bien fácil es prever á qué situación se «llegaría si se les obligase á vivir en común, cuando han «sostenido entre ellos la lucha encarnizada que revela «este pleito, tachándose recíprocamente de prostituida «y de maniático ó loco el marido, acusándose de explotaciones recíprocas y poniendo en la evidencia debilidad «des íntimas cuya revelación tiene que haber dado origen á rencores profundos».

Considerando: que teniendo por objeto principalísimo la curatela la guarda de la persona del incapaz á quien deberá cuidarse con la diligencia de buen padre de familia, artículo 336 del Código Civil, no es posible que ante la existencia de los hechos mencionados, la justicia, sin desnaturalizar el fin legal á que ha respondido la institución de la curatela y sin contrariar sanos principios de humanidad y de moralidad, pueda colocar en las manos de la esposa á su marido incapaz, completamente indefenso, por su mismo estado de insania mental, al que muy bien ha podido llevarle la lucha de odios y rencores profundos, por injurias graves con su mujer; muy al contrario, la más elemental prudencia judicial exige que uno y otro continúen en su separación á fin de que la presencia de la esposa no pueda agravar las dolencias de su marido, quién al solo anuncio de una entrevista con aquélla, como ha tenido ocasión de observarlo el suscripto en los diversos interrogatorios á que sometió á D., vuélvese enteramente excitado, aun en período de aparente lucidez;

Considerando: que si el señor Fiscal de Incapaces se digna pasar vista sobre los autos que el suscripto ha mandado agregar con conocimiento de lo que resulta de ellos, es indudable que no podrá menos, en su recto criterio, que reconocer la inconveniencia de la curatela en la señora de D.

Por ello, se resuelve:

- 1.º Declarar en estado de incapacidad á don B. D.
 - 2.º Nombrar curador del incapaz al doctor don Martín Berindague, cuya aceptación jurada del cargo se comete y se le tomará una vez ejecutoriada que fuese esta resolución.
 - 3.º Fijar en doce mil pesos la fianza que deberá prestar el curador.
 - 4.º Háganse las publicaciones é inscripción dispuestas por el artículo 390 del Código Civil.
- Acceptado que fuese el cargo, vuelvan los autos para el discernimiento.

Montevideo, agosto 31 de 1908.

Gard y San Juan.

ESCRITO DE APELACIÓN

Señor Juez Letrado Departamental:

Teófilo M. Osorio, en la representación que invisto en los autos de incapacidad de don B. D., á V. S. digo:

Que interpongo los recursos de apelación y nulidad contra la sentencia de V. S. de fecha 31 del mes pasado, en cuanto no designa curadora del incapaz á la esposa de éste doña E. C. de D., porque considero, salvando los respetos, que ese fallo es completamente contrario á una disposición legal expresa.

El artículo 394 del Código Civil determina que «el marido es el curador *legítimo y necesario* de su mujer declarada incapaz, y ésta lo es de su marido. La mujer curadora de su marido incapaz tendrá la administración de la sociedad conyugal».

Esa disposición legal está confirmada en la misma forma clara y taxativa por la mayor parte de las legislaciones.

Lo mismo el Código italiano, que el español, que el argentino, que el chileno, estatuyen la *obligación* de designar al *cónyuge* curador de la persona incapaz. Goyena llega hasta establecer que la designación es «*forzosa*» y algunos autores discuten si en caso de la separación de bienes por divorcio anterior, puede faltarle á la aplicación de esa disposición legal. Laurent, al comentar el artículo 566 del Código Francés, se pregunta si en caso de divorcio debe aplicarse esa curaduría legítima, y concluye que *hay motivo de duda*, y eso que, como es sabido, el Código Francés, si bien hace obligatoria la designación del marido curador de la mujer, hace en cambio facultativo (artículo 507) el nombramiento de la mujer curadora del esposo; limitando en tal caso las facultades, por las condiciones que establezca el consejo de familia.

En semejantes ideas abunda Borsari al comentar el artículo relativo del Código italiano, pero determina igualmente que es necesaria la existencia de una *separación legal* entre los cónyuges para que pueda dejar de aplicarse la regla expresa.

En el caso presente, ni ha existido divorcio, ni se ha pronunciado sentencia de la separación legal de los esposos; luego es de estricta aplicación, como digo, el artículo 394 del Código Civil, debiendo ser confirmada la mujer en el cargo de curadora legal de su marido. No cabe otra interpretación ante el artículo tan claro. (Código Civil, artículos 17 y 18).

Las consideraciones que V. S. establece en su sentencia, aunque muy bien intencionadas, son tan erróneas como la consecuencia que de ellas resulta. Los juicios citados por V. S. en los considerandos, demuestran que mi representada ha pretendido siempre, en el juicio por ella iniciado, que su esposo la recibiera en su hogar, y que, en la imposibilidad de conseguir esto, tuvo que llegar lógicamente al pedido de pensión y litis expensas para poder vivir y seguir las tramitaciones judiciales, desde que, como es notorio, ella no posee bienes de fortuna.

Tan infundados eran los cargos que le hacía el señor D., que las sentencias han venido á confirmar que esa señora no era culpable del alejamiento del esposo, ni era lo que había dado lugar á que pudiera provocarse con sus actos un pedido de separación de bienes.

Siempre ha intentado volver al lado de su marido, y aún ahora, desde el día en que supo que había sido recluso por insania en el manicomio, se desveló para reunir algunos recursos y llevarle á menudo ropa, cigarros, etc., como puede comprobarse.

Los dislates y ofensas que en los juicios referidos se cambiaron, también es fácil verlos, han sido provocados por D., y además es sabido que son á menudo, en este como en otros casos, el fruto del apasionamiento de los defensores, más que del de los litigantes.

Lo que hay de cierto y de evidente, es que D. era ya, sino un incapaz, un enfermo, desde hace mucho tiempo, y esto ha dado lugar á su determinación de expulsar á su señora del hogar, y á su resistencia en recibirla de nuevo, á pesar de la gestión judicial iniciada por esta señora con el fin de volver á su hogar.

El señor Fiscal de Menores é Incapaces, cuya misión es velar por el interés de la persona y bienes de los que se encuentran en estado de interdicción, no ha encontrado, ni ha expuesto en su vista, razón de ningún género que resistiese la aplicación estricta del artículo 394 del Código Civil; muy al contrario, su dictamen se manifiesta, en su misma concisión, ajeno á todo vislumbre de duda, estableciendo que «*corresponde que V. S. declare la incapacidad de don B. D. y le nombre como curadora legítima á la esposa doña E. C.*».

Para terminar, deseo cumplir con el deber de manifestar, aunque resulte casi inoficioso, que al alzarme contra la resolución de V. S., sólo lo hago en virtud de lo estatuido por la concluyente y obligada disposición legal citada y nunca por la designación del dignísimo letrado que V. S. ha hecho en su sentencia.

Por lo expuesto:

A V. S. suplico quiera concederme los recursos interpuestos, mandando se eleven las actas.

Montevideo, septiembre 8 de 1908.

Teófilo M. Osorio.

A. S. PERNÍN.

SENTENCIA DE 2.ª INSTANCIA

Vistos: en segunda instancia el presente incidente venido al conocimiento de este Juzgado en virtud de apelación interpuesta contra la resolución de fs. 76 dictada por el señor Juez Letrado Departamental doctor Gard y San Juan.

Por los acertados fundamentos aducidos en la resolución apelada, que el Juzgado hace suyos, y:

Considerando: que ante la odiosa manifestada entre los esposos D., que resulta de una manera clara y evidente de los expedientes agregados, odiosidad á que se ha llegado por las desavenencias, riñas y recriminaciones recíprocas, de carácter graves estas últimas, que se han enrostrado en el curso de las acciones sostenidas, es de todo punto imprudente, irregular y desconsiderado someter al incapaz D. á la curatela de su esposa, en quien no pueden existir las afecciones que son consecuencia del vínculo del matrimonio, desde que en el transcurso de largos años han vivido separados de hecho y en un constante estado de guerra, sin guardarse la más mínima consideración y respeto, según es de verse en los expedientes referenciados.

Considerando: que la curatela, según la ley, tiene por fin la guarda de la persona y bienes del incapaz, y el menos experto no puede por menos de reconocer que dados los hechos que se dejan relacionados en el ante-

rior considerando y demás expuestos en la sentencia apelada, no sería ciertamente doña E. C. de D. á quien podría confiarse el cuidado de su esposo incapaz y la administración de sus bienes, desde que sería un acto de inhumanidad, que el Juzgado en ejercicio de sus delicadas funciones está en el deber de prevenir;

Considerando: que no basta que la ley, artículo 394 del Código Civil, establezca que la mujer es la curadora legítima y necesaria de su marido, para que los magistrados cierren los ojos y apliquen de una manera imperativa aquella disposición legal;—no, desde que tal prescripción, al dar á la mujer aquel derecho, se refiere á la esposa que no tan sólo lo es en el nombre, sino á la que vive en el hogar, á la que desempeña su verdadera misión en la familia, pero de ninguna manera á la que se encuentra separada de su esposo, con quien ha mantenido litigios en que la nota hiriente ha primado con todo un cortejo de intersecciones inmorales que hacen desaparecer el más insignificante sentimiento de cariño, si es que hubiera existido;

Considerando: que la ley, á quien alguien ha llamado la justicia escrita, no ha podido pretender, en sus sabias disposiciones, someter al esposo incapaz é indefenso, en razón de su propia enfermedad, al cuidado de la persona con que ha mantenido una lucha tenaz durante una parte de su vida; y como con toda razón lo establece el señor Juez á que la ingerencia de éste muy bien ha podido producirse por la lucha de odios y rencores profundos por injurias graves con su mujer.

Por tales fundamentos y atento á lo preceptuado por el inciso 1.º del artículo 732 del Código de Procedimiento Civil, definitivamente juzgando, fallo:

Confirmando con costas la sentencia apelada y en su mérito devuélvase el expediente al Juzgado de su procedencia á sus efectos.

Montevideo, octubre 22 de 1908.

Wenceslao Regules.

Sobre marcas de fábrica y de comercio ⁽¹⁾

(Continuación)

Conviene recordar los antecedentes del asunto:

La señora Chiarino, sucesora en la propiedad de la marca registrada *Arbolito*, á la cual por ampliación, también registrada, se le agregó un cuadrilongo de líneas simples, negras, encerrando en gordas letras bastardillas el nombre de la razón social Chiarino y C.ª, solicitó en 30 de enero de este año la inscripción de otra marca para el mismo artículo, consistente en la denominación *Chiarino*. El rótulo ó etiqueta presentado es una copia exacta, un calco del que pocos días más tarde presentaron para su inscripción como marca de comercio los señores Chiarino Hnos., quienes manifestaron que la tenían en uso hacía seis meses para distinguir aceites de oliva que importaban, circunstancia que, por ser notoria, debió obstar á que dicha señora pretendiese registrarla como suya. Se opusieron, por tanto, al registro solicitado por la señora de Chiarino, quien recíprocamente se opuso al que ellos pedían.

(1) Véase el número anterior.

El caso era en extremo singular.

La señora de Chiarino, que podía legalmente perseguir por imitación de marca á los señores Chiarino y Hnos., prefería imitar á la que éstos usaban, hasta en los elementos que le eran propios, anticipándose á pedir su inscripción en el Registro, para obtener la prelación en el derecho de propiedad de la misma.

La marca usada por los señores Chiarino Hnos. no contiene, como la denominada *Arbolito*, en el centro de encuadramiento de la etiqueta el distintivo dominante de la marca en primer término y ocupando dos terceras partes del espacio: ese distintivo es un gran árbol de nutridas ramas y follaje representando un hermoso olivo (palabras de la descripción de la marca); pero asimismo resulta una imitación de aquélla, no precisamente en cuanto al rótulo, sino en cuanto al aspecto y color de los envases del aceite, la imitación de la letra de la firma y otros detalles que se notaban fácilmente al primer golpe de vista.

Además, la marca presentada, primero por la señora de Chiarino y luego por los señores Chiarino Hnos., se caracterizaba principalmente por la denominación *Chiarino*, no como designación del artículo que se quería distinguir con ella, cual habría sucedido si se hubiera adoptado la de *Acete Chiarino* mediante invención ó fabricación de ese producto, sino como una denominación de fantasía, para la que no podía prestarse ese nombre.

Las circunstancias indicadas eran más que suficientes para que la Cámara de Comercio pensara que la mejor de las soluciones era que no se hiciera lugar al registro de dichas marcas. La señora de Chiarino se quedaba con la suya denominada *Arbolito* perfectamente saneada y tutelada por la autoridad, y los señores Chiarino Hnos. habrían tenido que idear otra que no pudiera confundirse con aquélla, porque sólo á esa condición se habría autorizado su registro.

Tan razonable solución sólo ha sido aceptada por el Fiscal de Gobierno de 2.º turno, que la encuentra juiciosa. El de 1.º turno es de opinión que la marca *Chiarino* debe ser registrada como de propiedad de la señora de Chiarino que la presentó antes, olvidando que existe jurisprudencia administrativa que autorizaría la negativa: los señores Chiarino y Hnos. insisten en la procedencia del registro á su favor, y en cuanto á la señora de Chiarino sostiene que está de su parte la razón y el derecho, fundándose en que, consistiendo la marca en un nombre comercial que le pertenece, nadie sino ella puede usarlo en ese carácter. Dice que un nombre puede ser empleado de tres diferentes maneras: para individualizar al comerciante, y entonces es el nombre comercial; para señalar el establecimiento como muestra ó enseña, y para distinguir los productos convirtiéndose en marca; en este último caso, que es el suyo, el nombre comercial se vuelve marca de comercio y le son aplicables las disposiciones relativas á esta materia. Invoca y transcribe la opinión del reputado tratadista De Maillard de Marafy, según la cual debe permitirse al homónimo toda latitud para administrar su comercio y firmar sus documentos con el nombre que él tenga, imponiéndole la obligación de diferenciarlo de otro nombre ya conocido en los negocios, pero prohibiéndole absolutamente de usar ese nombre como marca; y finalmente, cita la expresada señora abundantes ejemplos de la jurisprudencia francesa en que se ha condenado la imitación de nombres comerciales y el uso del homónimo, para llegar á la conclusión de que los señores Chiarino Hnos. no pueden usar de su nombre en ninguna forma como marca, porque el aceite *Arbolito* es conocido con el nombre de *Acete Chia-*

y porque la firma Chiarino y C.^a forma parte de la marca ampliada.

Las opiniones que emite la Cámara de Comercio sobre las acciones de marcas comerciales se inspiran siempre en la apreciación de los hechos más que en las doctrinas de los autores, á menudo contradictorias, frecuentemente polémicas. Su experiencia en esta clase de asuntos le enseña que el mejor medio de orientarse para llegar á conclusiones prácticas que consulten la buena fe y la equidad en los conflictos de intereses de la vida mercantil, principalmente, la averiguación de la causa que los origina y el móvil que los suscita.

Los tribunales franceses de otra manera proceden los tribunales franceses al hacer uso de la facultad de apreciación soberana en los casos de falsificación de marcas, concurrencia desleal, apropiación del nombre comercial, etc., en los cuales se debe ante todo al propósito, á la finalidad del acto resolver si existe en él contravención ó delito. En cuestiones sobre el uso del nombre comercial por homónimos, especialmente, la facultad de la apreciación soberana se ejerce para determinar si ha existido tráfico del nombre ó especulación ilícita y deliberada para atraer la clientela del comerciante anteriormente establecido. La solución judicial está subordinada á esas instancias, por manera que cuando se cita la jurisprudencia de aquellos tribunales y sólo se recuerda la parte dispositiva de la sentencia, omitiéndose las consideraciones en que se funda, son inadmisibles las consecuencias que se quieren deducir de ella.

En los ejemplos citados por la señora de Chiarino comprobó la deslealtad comercial y el propósito ilícito los homónimos. El señor Moet era una persona completamente extraña al género de comercio de la nueva marca, á la cual fué llamado por la similitud del nombre con el de una antigua casa. En el caso de Martell se trataba de un individuo fallido y sin recursos que reexpedía con el nombre el coñac que le remitían algunos comerciantes. Los de Lubin, Pommery y otros se demostró que el fraude se cometía mediante prestamistas del nombre, individuos que sin ser comerciantes ni industriales eran cazados por otros industriales ó comerciantes con fines de concurrencia desleal. No condenaron los tribunales ceses la homonimia por razón de ella, sino por el fraude que entrañaba.

parece que esté no es el caso en la presente cuestión. Tampoco suelen ser concluyentes las opiniones de autores: á la invocada que niega en absoluto al homónimo el derecho de usar de su nombre comercial, puede oponer la Cámara de Comercio muchas otras tan respetables que lo conceden. Allart, Calmels, Bedarride y muchos otros convienen en que si el comerciante no puede usurar el nombre de un concurrente ni imitarlo, tiene el derecho de usar el suyo propio en el ejercicio de su industria ó de su comercio. Vale decir, como nombre comercial, como enseña, como marca. Lo más que puede hacer el magistrado es reglamentar el uso del nombre sin proscribirlo.

Así es también la opinión de la Cámara de Comercio, por eso ha creído y cree que los señores Chiarino no pueden incluir este nombre en la marca, siempre adopten precauciones que hagan imposible la confusión con la que lleva el nombre de Chiarino y C.^a, de la marca de Chiarino.

La teoría de las tres maneras de emplear el nombre en la cual bastaría con transportarlo de la enseña al texto para que el nombre resultara una verdadera

marca, no es del todo exacta. El artículo 28 de nuestra ley establece que es innecesario el registro del nombre, salvo el caso de formar parte de la marca, y el artículo 2.º considera como marca de fábrica ó de comercio á los nombres *bajo una forma particular*. Esto quiere decir que el nombre debe tener un carácter distintivo porque, á decir verdad (enseña Pouillet, N.º 60), lo que hace la marca en este caso, lo que la constituye, lo que la ley protege no es el nombre en sí mismo, considerado abstractivamente; es su arreglo, su fisonomía, su trazado especial, la disposición ó el color de los caracteres ya empleados. El nombre que forma parte de una marca no es más que un elemento de ella que ocurre á darle carácter y especialidad. Solamente cuando se le emplea precedido de un nombre común, como Crema Simón, Bitter Secretat, Amer Picón, es por sí solo marca distintiva, porque absorbe ó anula los emblemas ó símbolos que pudiera contener y el nombre individualiza entonces el producto. No siendo más que un accesorio ó un componente de la marca, no excluye el uso de un nombre semejante que pueda agregarse legítimamente y por derecho propio á otra marca.

En este último caso se encuentra el nombre de Chiarino y C.^a agregado por ampliación y en forma particular, como quiere la ley, á la marca *Arbolito*. Este emblema continuará siendo el signo distintivo, característico, peculiar de ella, mientras que el nombre no pasará de ser un accesorio, que los señores Chiarino Hnos. podrán usar también, agregando el suyo á la marca que adopten, á menos que se probase tráfico del nombre y propósitos fraudulentos, ó de que por el conjunto de la marca y la disposición de los dibujos pudieran confundirse ambas marcas.

La nueva marca presentada por los señores Chiarino Hnos. contiene un buen número de elementos que la diferencian de la anterior y de la registrada con emblema de un árbol (marca *Arbolito*); pero el nombre de Chiarino y la abreviación Hnos. colocado en el centro en forma tan saliente y notable, caracteriza más bien una denominación que no podría autorizarse.

Si se negara el registro de la marca *Chiarino* presentada por la señora de Chiarino y por los señores Chiarino Hnos., como lo ha aconsejado la Cámara, la nueva vendría á sustituirla, lo que no sería equitativo. Si se ordenara el registro de aquélla, la otra no podría coexistir con la primera.

El facsímil de la firma Chiarino Haos. que contiene la nueva marca, basta como nombre en forma particular, sin necesidad del que lleva la etiqueta en su parte central, que podría ser sustituido por las palabras «Aceite de Oliva» ó otras de uso común, resultando así un conjunto nuevo, especial y distinto.

Resumiendo: mantiene la Cámara de Comercio su primer dictamen contrario al registro de la marca *Chiarino*, presentada primero por la señora de Chiarino y luego por los señores Chiarino Hnos., y opina que puede registrarse la nueva marca presentada por estos señores, previa sustitución de la parte central de la etiqueta, que dice Chiarino Hnos., por palabras de uso común.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA DE REGISTRO DE UNA MARCA EN EL PAÍS DE ORIGEN, SÓLO TIENE POR OBJETO COMPROBAR LA PROPIEDAD DE ELLA.

Vacuum Oil Company—Marca «Gargoyle»

La «Vacuum Oil Company» de Rochester (Estados Unidos) solicitó el registro de la marca «Gargoyle» para ceras, grasas y aceites de diversas clases, presentando al efecto la prueba del registro en Washington, en cinco certificados.

La Oficina de Marcas, teniendo en cuenta que la marca había tenido que ser registrada cinco veces en el país de origen, para poder distinguir los diversos productos á que era destinada, creyó que aquí debía efectuarse igual número de registros.

La Cámara de Comercio, informando, dijo:

Excmo. Señor:

La objeción que opone el señor Inspector de la Oficina del ramo á la inscripción de la marca «Gargoyle» por la «Vacuum Oil Company» de Nueva York, consistente en que habiendo sido registrada cinco veces en el país de origen, no debe autorizarse que lo sea una sola aquí, parece inadmisibile por las breves consideraciones que siguen.

El requisito obligatorio de la prueba del registro de las marcas extranjeras en el país de origen, se ha establecido á fin de que solamente puedan inscribirlas en éste los propietarios de ellas, que son los únicos facultados para solicitar su registro conforme al artículo 43 de la ley. Justificada la propiedad de las marcas extranjeras, quedan éstas equiparadas á las nacionales y deben ser registradas con arreglo á las prescripciones de la ley, para que puedan gozar de las garantías que ella acuerda, según la citada disposición.

Puede suceder, y sucede efectivamente, que difiera la economía de una ley extranjera, de la nuestra, y resulte que conforme á ésta, baste con el registro de una marca para individualizar un determinado número de productos, mientras que, conforme á la otra, se requiere el registro de diversas marcas, ó diversos registros de la misma marca.

Si lo que caracteriza la marca extranjera es una denominación ó un emblema, lo esencial es comprobar la propiedad de la denominación ó del emblema para poner la marca al amparo de la ley, siendo indiferente el número de inscripciones hechas en el extranjero en virtud de la ley local, que la nuestra no tiene para qué contemplar.

En el presente caso, consta que la marca «Gargoyle» pertenece á la «Vacuum Oil Company», y nada se opone, dentro de la fiel observancia de la ley, á que sea registrada una sola vez para distinguir aceites comestibles, aceites, grasas y ceras para conservar cueros, ceras para pisos y linoleos, aceites y grasas para conservar metales y maderas, mezclas químicas para curtir, aceites y grasas para lubricar, iluminar y calentar, grasas para juntas de caños, cera parafina, cera para cubrir quesos, aceites y grasas para preparar y concluir cueros, y aceites y grasas en general, en tanto que en los Estados Unidos ha sido necesario registrarla separadamente para los antedichos productos, porque el artículo 1.º de la ley de aquel país dispone que deberá expresarse, al solicitar la inscripción, el género de mercancía y la clase especial de artículos comprendidos en dicho género.

La clasificación norteamericana contiene 77 grupos de artículos, y como los anteriormente enumerados corres-

ponden á las agrupaciones 6.ª, 11.ª, 15.ª, 16.ª y 50.ª, se explica perfectamente que hayan sido necesarias cinco inscripciones de la misma marca. Nuestra ley, en cambio, no establece clasificación alguna de artículos y, por consiguiente, no exige sino la inscripción de la marca con que se quiere distinguir los artefactos de una fábrica ó los objetos de un comercio (art. 2.º), esto es, un registro por marca, y no como entiende el señor Inspector de la Oficina del ramo, un registro por cada registro de la marca en el país de origen.

En otra ocasión explicó la Cámara de Comercio lo que debe entenderse por industrias de la misma especie, con relación á las cuales se adquiere la propiedad absoluta de la marca conforme al artículo 6.º de la ley. No insistirá al respecto, pero recordará que indicó: que podría disponerse administrativamente que los interesados indiquen, al solicitar el registro de una marca, el género de mercancías á que deben aplicarla, formando previamente una relación de ellas por grupos y clases; agregando: que como el derecho que aquí se cobra por la inscripción es exageradamente elevado, debe reducirse cuanto sea posible el número de grupos ó géneros, para que cada uno comprenda muchas clases de artículos y no tenga necesidad el comerciante de registrar más de una marca.

Nada se ha hecho al respecto, de manera que no hay limitación legal de los artículos que puede comprender una marca nacional ó extranjera, sometidas ambas á las mismas disposiciones, como se ha dicho al principio. Por lo demás, la ley no tiene un fin rentístico sino el de tutelar el interés legítimo de los comerciantes y de los industriales, amparando sus derechos de propiedad, y sería injusto someterlos, por una equivocada interpretación de la ley, á erogaciones que no están en relación con el beneficio que reciben. La «Vacuum Oil Company», que habrá pagado por las cinco inscripciones de su marca en los Estados Unidos cincuenta pesos, de acuerdo con el artículo 14 de la ley, tendría que pagar aquí doscientos cincuenta por ellas, lo que por sí solo demuestra que el propósito del legislador se desnaturalizaría, de adoptarse la solución propuesta por el señor Inspector de la Oficina de Marcas.

Tal es la opinión de la Cámara de Comercio, salvo la más acertada de V. E.

Por resolución fecha 14 de noviembre de 1908 el Poder Ejecutivo declaró procedente el registro de la marca «Gargoyle» tal cual lo había solicitado don Doroteo García Lagos.

MARCA «LA FAVORITA»

El señor Chavarri, de Madrid, presentó á registro una marca compuesta por dos etiquetas que se aplicarían á las botellas de agua mineral de Carabaña, que expende y que denomina *La Favorita*.

La Oficina de Marcas consultó al Ministerio sobre si correspondía aquí el registro de las dos etiquetas como una sola marca, ó si debía efectuarse el registro como lo había sido en España, uno por cada etiqueta.

Consultada la opinión de la Cámara de Comercio, ésta la expresó en los siguientes términos:

Excmo. Señor:

El decreto-ley de 1.º de marzo de 1877, por su artículo 2.º reputa como marca de fábrica ó de comercio cual-

quier signo, además de los que enumera, con que se quiere distinguir los artefactos de una fábrica ó los objetos de un comercio.

Un comerciante ó fabricante está facultado, pues, para señalar sus productos en la forma que juzgue más conveniente: puede hacerlo con una marca constituida por una sola etiqueta, ó por varias etiquetas, las que, usadas conjuntamente, constituirán una sola marca.

Los líquidos en general y particularmente los de la clase del producto que importa aquí el señor Chavarri, ostentan su marca en los envases que los contienen, siendo ella, casi sin excepción, formada por varias etiquetas;

Comprobado, por el certificado de registro en España, que el señor Chavarri es propietario de la marca cuyo registro solicita aquí, no hay para qué considerar si ella fué registrada como una ó como dos marcas. El peticionario cumple con las disposiciones de la ley de la materia y no hay razón que se oponga á lo que solicita.

Es, pues, á juicio de esta Cámara, improcedente la pretensión de la Oficina de Marcas, correspondiendo, por consiguiente, el registro de la marca *La Favorita*, en la forma que se solicita.

El Poder Ejecutivo con fecha 14 de febrero de 1908 dictó resolución declarando procedente la inscripción de las dos etiquetas como una sola marca.

EL COLOR COMO COMPONENTE DE LAS MARCAS

Strauch y C.^a.—Etiqueta especial

Los señores Strauch y C.^a solicitaron el registro, para distinguir creolina, de una etiqueta especial, constituida por varios emblemas y letreros y por el color amarillo de su fondo.

La Cámara dió su opinión en el siguiente informe:

Excmo. Señor:

La ley de 1.^o de marzo de 1877 reputa marcas de fábrica ó de comercio los emblemas, grabados, estampados, los envases y envoltorios de los objetos, y cualquier otro signo con que se quiera distinguir los artefactos de una fábrica ó los objetos de un comercio, de donde resulta que un rótulo ó etiqueta, constituido por una asociación de estos elementos, puede ser considerado, á los efectos de la ley, como marca. Lo que constituye una marca, en este caso, es el conjunto del rótulo ó etiqueta; su forma, color, las figuras, signos ó letras que contiene, la forma, color y disposición de éstas, su encuadramiento y demás elementos que la formen.

Considerados aisladamente cada uno de los elementos que componen una etiqueta, podrán estimarse vulgares y sin originalidad y hasta comprobarse que forman parte de otras marcas, y, sin embargo, su conjunto, lo que realmente constituye, la marca, podrá presentar un aspecto particular y nuevo que la haga acreedora de los beneficios que la ley acuerda.

Razón habría en no admitir á registro una marca constituida exclusivamente por un color, pues esto, dado el limitado número de colores existentes entre los cuales la confusión no es posible, significaría un monopolio; pero el registro de una marca con especificación expresa del color con que ha de ser usada es perfectamente admisible y hasta conveniente, pues contribuye á dar á la mar-

ca una fisonomía propia, más distintiva que si se reservase el derecho de cambiar su color, como sucede con la mayor parte de las marcas presentadas á registro.

Opina, por consiguiente, la Cámara de Comercio, que V. E. debe acceder á lo solicitado por los señores Strauch y C.^a, autorizando el registro de su marca tal cual la presentan, con reserva de la facultad de poder variar las advertencias y explicaciones á que se refieren los solicitantes, pero sin derecho al uso exclusivo del color amarillo como marca.

El Poder Ejecutivo con fecha 27 de junio de 1908 resolvió declarar procedente el registro solicitado, pero no acceder al uso exclusivo del color amarillo que pretenden los solicitantes.

LOS ENVASES SÓLO PUEDEN CONSTITUIR MARCA CUANDO PRESENTEN CARACTERES DE NOVEDAD SUFICIENTES PARA HACERLOS OBJETO DE UN DERECHO PRIVATIVO.

Strauch y C.^a.—Registro de un envase

Los señores Strauch y C.^a solicitan el registro de un envase en forma de paralelepípedo como marca de fábrica y de comercio para distinguir creolina.

Los señores Eugenio Seré Hnos. y Trabucati y C.^a se oponían al registro solicitado, por considerar que el envase presentado era de uso común.

La Cámara de Comercio evacuó, respecto á este asunto, el siguiente informe:

Excmo. Señor:

Los envases y recipientes pueden constituir marcas de fábrica y de comercio cuando ofrezcan un carácter de novedad que los distinga de los demás usados para los mismos artículos. La novedad ó especialidad puede no ser absoluta sino relativa al producto que se quiere distinguir con el envase ó recipiente ideado; pero es indispensable que éste tenga por sí mismo un aspecto original y característico independientemente del tamaño y de los dibujos, rótulos ó leyendas que lo revistan.

La regla más exacta para resolver la duda que surja sobre la admisibilidad del registro de un envase como marca, consiste en examinar si éste puede identificar el artículo que contiene, dados la forma especial adoptada para el envase ó el material empleado en su fabricación. En caso afirmativo, el envase tiene carácter propio y es registrable como marca de comercio, con la cual legalmente se confunde, porque rigen para ambos distintivos los mismos principios fundamentales. En caso negativo, el envase es solamente un elemento componente de la marca, y es registrable en el conjunto de ella como parte más ó menos importante de la misma.

La consecuencia de estas dos situaciones es: que el dueño del envase puede, en la primera, monopolizar su uso é impedir que otro lo adopte para artículos similares; y que, en la segunda, no puede oponerse á que otros comerciantes empleen el mismo envase, siempre que los demás elementos constitutivos de la marca sean diferentes y no exista el peligro de confusión ó propósito de concurrencia desleal.

Aplicando el criterio antedicho al examen del envase presentado por los señores Strauch y C.^a, descrito á f.,

resulta inadmisibles que él pueda, por su forma, ser objeto de la privativa propiedad de alguno, porque es de una forma común, sin ninguna originalidad. La forma de un cuadrilongo es la general de las latas de todo contenido, y como el tamaño de ella no podría constituir nunca una marca, la presentada por los señores Strauch y C.^a tampoco puede convertirse en marca comercial, por más que sea más pequeña que las usuales y muy alta con relación á la base.

Podrá no haberse envasado antes la creolina en latas tan pequeñas como las presentadas por los señores Strauch y C.^a; pero ellos mismos afirman que era envasada en latas que habían contenido aceite, y es sabido que para este artículo las hay de toda forma, dentro del tipo general de un cuadrilongo; de manera que la única novedad del envase presentado sería su tamaño ó dimensiones, y esa misma—si pudiera conferir derecho para registrar dicho envase como marca—no sería de carácter permanente, porque los expresados señores se reservan el derecho de variar aquel tamaño ó dimensiones.

Las breves consideraciones expuestas inducen á esta Cámara á opinar que no puede ser registrado como marca de comercio el envase de que se trata, sino como parte del conjunto de elementos de que está revestido, sin derecho por parte de los señores Strauch y C.^a á impedir que otros comerciantes usen recipientes de igual tamaño y forma, siempre que no puedan confundirse con el de dichos señores.

El Poder Ejecutivo, por decreto de fecha 7 de marzo de 1908, resolvió no hacer lugar á la inscripción del envase presentado.

LAS MODIFICACIONES QUE ALTEREN EL CONJUNTO DE LA COMPOSICIÓN QUE SE REGISTRA COMO MARCA, NO QUEDAN PROTEGIDAS POR EL REGISTRO.

Guillermo Johnston.—Marca «Tigre»

El señor Guillermo Johnston solicita el registro como marca, para distinguirte, de la denominación *Tigre* y la representación de un tigre en cualquier forma y posición. El señor Johnston presentó tres diseños de marcas.

La Cámara de Comercio, informando, dijo:

Excmo. Señor:

No encuentra inconveniente esta Cámara en que se autorice el registro de la denominación *Ts Tigre* y de las etiquetas *A* y *B* presentadas por el señor Guillermo Johnston. En cuanto á la etiqueta *C*, á pesar de contener dos tigres, llama principalmente la atención en ella un elefante, lo que podría prestarse á confusiones, existiendo registrada una marca por el mismo artículo constituida por la figura de un elefante. Conviene prevenirlas, no haciendo lugar al registro de dicha etiqueta mientras predomine en ella el elefante.

Debe hacerse presente al solicitante: que las modificaciones que alteren el conjunto de la composición que se registra como marca, no quedan protegidas por el registro; porque si bien es permitido el empleo de colores diferentes y la reducción ó aumento del dibujo, no lo es el cambio de forma ó de posición de los elementos que componen una marca.

Observará además la Cámara: que á pesar de consignarse en la etiqueta *B* que el señor Johnston es el úni-

co introductor del *Te Tigre*, supone que esta marca no es extranjera, existiendo el precedente de que antes estuvo inscrita á nombre de los señores Potenze y Sosa Días. En la duda, convendrá hacer la reserva de que, si fuera extranjera, su dueño sería el único autorizado para registrarla y caducaría la inscripción concedida á favor del señor Johnston.

No obstante lo expuesto, V. E. resolverá lo que estime más acertado.

(Continuá.)

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 13—AÑO XV

DOCTOR DOMINGO MENDILAHARSU, por la Dirección, pág. 193.

SOBRE BENEFICIO DE INVENTARIO, por el doctor Rafael Gallinal, pág. 193.

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO (Continuación), por el doctor José Irureta Goyena, pág. 197.

JURISPRUDENCIA:

Existe delito de injurias, de acuerdo con el artículo 404 del Código de Instrucción Criminal, por el hecho de atribuir por la prensa á un funcionario público la comisión de actos inmorales en la oficina en que se halla y la violación de la correspondencia que se encuentren bajo su guardia. Tratándose de los delitos calificados de imprenta, corresponde la aplicación de los artículos 404 y siguientes del Código de Instrucción Criminal como lo demuestran los artículos 360, 361 y 467 del Código Penal, pág. 200.

—Es improcedente la designación de la esposa para curadora del marido, declarado incapaz, cuando los cónyuges han vivido separados de hecho, impedidos á ello por desavenencias, riñas y recriminaciones de carácter grave;—

El artículo 394 del Código Civil no puede ser aplicado en el caso, sin que el objeto y fin de la curaduría fuera evidentemente violado, pág. 202.

SOBRE MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO (Continuación):

La presentación de la prueba de registro de una marca en el país de origen, sólo tiene por objeto comprobar la propiedad de ella: Vacuum Oil Company, marca «Gargoyles», pág. 206.

La marca «La Favorita».—Dos etiquetas, pág. 206.

El color como componente de las marcas: Strauch y C.^a, Etiqueta especial, pág. 207.

Los envases sólo pueden constituir marcas cuando presenten caracteres de novedad suficiente para hacerlos objeto de un derecho privativo: Strauch y C.^a, Registro de un envase, pág. 207.

Las modificaciones que alteren el conjunto de la composición que se registra como marca no quedan protegidas por el registro: Guillermo Johnston, marca «Tigre», pág. 208.

Imprenta EL SIGLO ILUSTRADO, 18 de Julio 23

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardoso Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribajdi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Rio de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sienra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE MARZO DE 1909

NUMERO 14

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

(Continuación)

El contingente de las cárceles del punto de vista moral, es susceptible de tres grandes divisiones: los delinquentes patológicos, los delinquentes por mala educación ó por ausencia de ella, y los incorregibles. La más numerosa de todas, es la segunda. La influencia de la celda en los primeros, debe convenirse que es ineficaz cuando no alcance á ser funesta. La educación respecto de éstos, tiene que ser física y moral al mismo tiempo, tal como se observa en la prisión modelo de Elmira. Este sistema es precisa mente la antítesis de la autorregeneración por la soledad.

En cuanto á los segundos, cuyo delito es el resultado de un mal hogar ó la obra de no haber tenido ninguno, la peor medida susceptible de adoptarse, es la de librar-

los á sí mismos. La celda no puede suministrarles las luces que les faltan ni puede destruir en ellos los prejuicios de que son víctimas; esto es evidente como todo axioma. El aislamiento celular no sería otra cosa que la etapa penitenciaria del miserable abandono en que han vivido siempre. ¿Se entiende esto? La sociedad pretende corregir en un hombre los efectos de un triste *laissez faire* moral, y emplea para ello el nuevo desamparo de la reclusión celular. ¿Se entiende que se sumen dos inercias para obtener un movimiento?

La celda no haría peores á los incorregibles, pero tampoco los haría mejores. Si todos los esfuerzos de la enseñanza son estériles á su respecto, si las más inteligentes tentativas por despertar en ellos la conciencia resultan infructuosas, se comprenderá que no ha de ser mucho mayor el éxito moral de la trilogía celular: silencio, penumbra y aislamiento.

Este error fundamentalísimo que vicia todo el sistema tiene una aceptable explicación histórica. Los cuakeros que, según hemos dicho, fueron los verdaderos adalides de esta reforma penitenciaria, constituyen una secta religiosa de principios extremadamente severos. La moral de esta secta, como la de todas las religiones, es intuicionista, pero ésta, además, admite con una decisión y atrevimiento que falta generalmente en las otras, la comunicación constante del hombre con Dios. El hombre, puede, en cualquier momento y cualquiera sea su índole,

(1) Véase número 13, año corriente.

puede sentir, repito, emanar del fondo de su espíritu la suprema revelación moral ó recibirla directamente de lo alto. Nada hay imposible para Dios, ni para una conciencia que es algo así como una hipóstasis de la divinidad.

Este primer ensayo del régimen celular puso en serio peligro el sistema y poco faltó para que lo desacreditara totalmente.

Las siguientes palabras de Joly son de una estricta verdad y justa ponderación. América ha practicado el sistema celular: «ella lo ha comprometido por el abuso de la soledad completa y por la idea pedantesca y fanática que el culpable tenía necesidad de ser colocado sólo frente á su conciencia y frente á Dios, sin auxilio humano, sin distracción, sin trabajo y sin libros. Este es el sistema llamado de Filadelfia. El descrédito en que merecía caer desgraciadamente ha producido en muchos países el de la práctica racional de la celda, que no se han tomado el trabajo de comprender y de experimentar».

Este sistema cuenta en su haber algunas ventajas, que para no incurrir en la monotonía de repetirnos, exponeremos recién al tratar el sistema que juzgamos racional; también allí, y por el mismo motivo, haremos el análisis de algunas objeciones complementarias que se formulan contra el régimen de la celda en general.

Sistema de Auburn.—La exageración del sistema filadelfiano provocó una doble reacción contra él; por una parte, los secuaces del sistema, comprendiendo la necesidad de atemperar su rigidez, fundaron la *Easter Penitentiary*, de Cherry Hill, donde el prisionero estaba, al mismo tiempo que secuestrado á todas las malas compañías, librado á todas las buenas, y por otra los filántropos ajenos á aquella reforma y hostiles á su aplicación idearon el régimen mixto llamado de Auburn.

Tres principios constituyen este sistema: 1.º Aislamiento celular durante la noche y á la hora de las comidas; 2.º Trabajo é instrucción, escuelas y talleres comunes bajo la regla del silencio; 3.º Castigos corporales de las infracciones.

Haremos un ligero esbozo crítico de este régimen.

A nuestro juicio, el desiderátum de un buen sistema penitenciario debe consistir en la más rigurosa incomunicación de los penados entre sí. Es preciso impedir de todos modos que se establezca entre ellos ese funesto lazo del compañerismo, que es el verdadero estigma de las prisiones comunes. Nada obstaculiza más enérgicamente la enmienda de un criminal que la compañía de otro malvado: parece que el vicio sólo esperase ese ligero estímulo para ganárselos la entraña. Todas las reformas penitenciarias indistintamente persiguen ese fin, aunque algunas sólo lo consiguen de una manera parcial. Entre estas últimas, creemos puede incluirse sin exceso crítico el régimen de Auburn.

El silencio que prescribe en los talleres, es puramente teórico. Acaso no hay nada más acabadamente constatado en la práctica que esta afirmación. Los presos se comunican con toda amplitud en los talleres, en la escuela, en el patio, en la capilla y en todas partes donde se les congrega, no obstante la rigurosa consigna del silencio. No hay un medio eficiente de impedirlo. Hemos leído que en una prisión inglesa fué necesario, para conseguir el silencio, aumentar el número de empleados en la proporción de uno por cada siete reclusos, é imponer además numerosos castigos. Las dificultades invencibles con que se tropieza en la práctica para hacer observar esa regla, han hecho que Inglaterra renuncie definitivamente á ella. En la encuesta francesa de 1878, decía en un luminoso informe la Corte de Apelación de Dijón: «La pretendida reunión silenciosa no impide más que las largas y ruidosas

conversaciones, pero no previene los peligros de la vida común, ni las confidencias inmorales, ni las vinculaciones perniciosas, ni la posibilidad, para los detenidos, de juntarse á su liberación, ni de asociarse para cometer nuevos delitos».

Personalmente hemos podido más de una vez aquilatar la verdad y la justicia de estas palabras en nuestras visitas de inspección á la Penitenciaría. La proximidad á los talleres se hace notar por un vivo rumor de acentos humanos; á medida que el visitante se acerca á ellos, el murmullo crece, y llegan hasta oírse distintamente algunas palabras; una vez en la entrada, la voz de prevención del vigilante apaga de una manera repentina todas las voces, reina un silencio sepulcral, todos se agitan impulsados por la fiebre del trabajo, y el golpe del martillo y el roce de los instrumentos recobran momentáneamente su soberanía reglamentaria en los ecos del taller. A la salida tiene lugar el mismo cuadro en orden inverso.

La violación del silencio no es quizá tan honda en otras partes, pero es igualmente inobservable. Si se aumenta la vigilancia, sólo se consigue redoblar la suspicacia, pero las comunicaciones tienen lugar lo mismo: lo único que varía es la forma. La severidad reduce el tono de las conversaciones, dificulta su continuidad, pero no obstruye la transmisión del pensamiento.

Es inconcebible el grado de receptividad que adquiere el espíritu del penado en una cárcel; sus sentidos se afinan, sus facultades perceptivas se aguzan: las cosas en sí más inexpresivas tienen para él un significado claro, una inteligencia precisa. «El alma del penado vela siempre, ha dicho un escritor, suspendida de los sentidos».

Cuando la dirección consigue disminuir, á fuerza de castigos, la frecuencia y la continuidad de las conversaciones, todo se reduce para ellos á aumentar el valor expresivo de la palabra: media docena de voces cambiadas furtivamente, en voz baja, con un pretexto cualquiera, equivalen en esas circunstancias á un reposado palique en el taller ó en la capilla. El lenguaje no tiene para ellos la misma firmeza que para nosotros; la calidad suple la cantidad en ciertas condiciones. Los precursores mismos del sistema parece que hubiesen tenido la intuición de esa dificultad cuando admitieron los castigos corporales como elemento constitutivo de él. Sólo la energía reductiva de esta disciplina puede, en efecto, hacer que naturalezas ingénitamente rebeldes acaten de una manera parcial esa absurda consigna del silencio.

La índole brutal de este recurso induce, por otro lado, á pensar si no vale cien veces más renunciar al efecto que obtenerlo á costa de semejantes medios. Nosotros lo juzgamos fundamentalmente contrario á la dignidad humana. No nos apea de tal convencimiento el uso frecuente que hacen de él Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Holanda y aún los Estados Unidos en sus Reformatorios de adultos, como el de Elmira y Colorado. Las prácticas nada prueban, por grande que sea su universalidad, desde que pueden ser inmorales. La ciencia parece haberlo entendido así al condenar unánimemente en estos últimos tiempos el uso de tal disciplina.

En el Congreso de Estocolmo sólo muy pocos hicieron la defensa de los castigos corporales, y sabido es que su voz cayó en el vacío; la asamblea, en una mayoría abrumadora: 289 contra 11, estuvo por la proscripción definitiva de esa afrentosa medida disciplinaria.

Por otra parte, su empleo no es tan eficaz como *a priori* parece. Ya hemos dado á conocer, en una cita antecedente, los resultados menos que mediocres obtenidos en Inglaterra. Algo análogo denunciaba en el Congreso de Estocolmo, respecto de la penitenciaría de Lepoglaba, su

director, Mr. Tanfer. Según parece, en esa institución penitenciaria el orden y la compostura de los reclusos estaba en razón inversa del uso que se hacía del azote; los períodos de mayor disciplina coincidían invariablemente con aquellos en que era menor el uso de los castigos corporales. Naturalmente que no hay que exagerar esta regla. Es evidente, á mi juicio, que del punto de vista de la disciplina, tratándose de naturalezas rebeldes á la exhortación y á las sugerencias morales, el azote puede ser más eficaz que la reprimenda y la celda; sólo que es el caso de meditar si debe sacrificarse todo á la disciplina y acentuar por la equimosis de la vara ó el látigo la degradación de los envilecidos por el delito. De todos modos, aun cuando el uso de tales medios redujera á su mínima expresión las comunicaciones verbales de las cárceles, el sistema en sí no quedaría mejor parado por eso; los presos se ven, y eso basta para hacer fermentar enérgicamente en su corazón la levadura del mal.

Se ven en la prisión y se juntan en la calle; entre los malhechores no hay ceremonial previo de presentación; cada uno tiene el derecho de tratar á los demás y de ser tratado por ellos. La amistad, si ese nombre mil veces respetable merece el vínculo que une sus pasos en la vida, es un derecho preestablecido. La unión es su pérdida recíproca; los delinquentes no se asocian nunca sino para cometer delitos. Es una fascinación á la que rara vez resisten los corregibles y que rara vez dejan de ejercer los empedernidos. Tienen éstos hasta el tacto de elegir sus víctimas: son singularmente instructivos en este sentido los estudios sobre la «coppia criminal» de Lombroso y Sighele: llegan á tender sus redes en la puerta misma de la prisión. El liberado animado de buenos propósitos que por una razón ó por otra se filtra á través de las mallas del patronato, rara vez escapa á las fauces de la sociedad criminal. Entonces la recaída es una fatalidad.

El malvado considera de tal modo ubicado en el vicio al hombre que ha cometido una vez un delito, que frecuentemente acude á la denuncia para precipitarlo de nuevo en el abismo, si á fuerza de constancia y de fundamentales propósitos de reforma había logrado aquél hacerse un lugarcito en la sociedad de las gentes honestas. No es extraño, pues, que, según lo confirman los directores de cárceles, los mejores delinquentes solicitan el refugio de la celda que los emancipa de esa ignominiosa soberanía. La ley, en muchas partes, secunda esa resolución. En las cárceles celulares modelos se observa tan estrictamente el principio de que un delincuente no debe saber nunca quiénes son sus congéneres, que el recluso está obligado á vestir una especie de capuchón que le oculta completamente la faz cada vez que sale de la celda. Así es en Saint Gilles, Bélgica; en Plötzence, Alemania; en Fresnes les Rungis, Francia.

Concluimos, sintéticamente: el sistema de Auburn es malo; no impide la comunicación de los presos entre sí, pero aun cuando lo impidiese, continuaría siendo malo, porque los presos se ven, y eso basta para malograr la reforma de los buenos y galvanizar la perversidad de los malos.

Sistema progresivo ó irlandés.—En Inglaterra, contada vez las reformas preceden á las necesidades. Al revés de lo que ocurre en la mayoría de los países donde las instituciones son superiores á los hombres, allí los hombres son superiores á las instituciones. La que nos ocupa surgió ante la imposibilidad de continuar deportando á los condenados á Botany Bay.

Invariablemente, las colonias reciben al principio con agrado el envío de presidiarios, y con protestas y reclama-

ciones después, cuando el coeficiente de su población se ha aumentado, sea por crecimiento vegetativo, ó por absorción inmigratoria. Esto mismo ocurrió en Australia.

En 1854, los irlandeses no sabían qué hacer de sus penados. Walter Crofton es nombrado entonces director de cárceles de este país y resuelve el problema con la aplicación del famoso sistema que lleva su nombre. La presentación de la misma dificultad originó más tarde su implantación en Inglaterra.

Este régimen es una ingeniosa combinación de algunas instituciones penales, existentes entonces en Inglaterra. Mucho nos tememos, con un célebre publicista, que no sea nada más que ingenioso. Cuatro estados distintos constituyen toda su economía: 1.º reclusión celular absoluta, cuya duración puede llegar á nueve meses;—2.º trabajo, enseñanza y recreo en común, bajo la regla del silencio; comida y reposo nocturno celulares; clasificación de los penados en categorías, según la conducta, computadas por vales ó marcas que da y quita el administrador respectivamente, y que apareja el ascenso ó descenso jerárquico en ellos. El penado empieza por ser colocado en la tercera;—3.º traslación á establecimientos penales, que tienen más carácter de talleres que de cárceles. El penado puede ser allí dedicado á tareas internas de orden agrícola ó fabril, ó á trabajos externos en empresas industriales libres, con obligación de pasar la noche en la prisión;—4.º la liberación condicional; el paso de un estado al otro sólo se realiza á base de buena conducta y debe ser obra exclusiva del penado. Cada uno de estos períodos aventaja á los otros en suavidad, y su ubicación en ella implica un perfeccionamiento moral correlativo de los sujetos. Las cárceles donde se sufre esta especie de análisis moral son generalmente distintas. Hasta hace pocos años, la reclusión celular se imponía en Pentoville, en Milbank y Holloway; los trabajos públicos en Portlants, Chatam y Portsmouth, y las prisiones intermedias en Sunthfield y Luck Connou. Hablamos de Inglaterra; las de Irlanda llevan otros nombres.

Este sistema puede representarse como una pirámide cuya base está constituida por la reclusión celular, la cúspide por la libertad condicional y los planos intermedios entre la base y la cúspide por formas neutras de prisión que participan más ó menos de ambos extremos según su mayor proximidad á uno ó á otro. El mérito que generalmente se le atribuye es el de ir preparando poco á poco al penado para la vida libre, haciéndolo pasar por estados de reclusión que reproducen cada vez mejor las condiciones de la existencia ordinaria. El paso de la prisión á la libertad es en plano inclinado, y no en abismo, como en el régimen celular continuo.

Esta es una ventaja real, pero acaso sea la única. Hay dos cosas que desentonan intensamente en este sistema, que son la comunidad del segundo período, y la libertad relativa del tercero. Ya hemos dicho algo, tanto como nos lo permitió la índole de este trabajo, acerca de aquel punto. Ese segundo período es la reproducción fidelísima del sistema auburniano, con el que comparte sus radicales defectos. La comunidad, ya sea inicial, ya intermedia, ya final, es siempre deplorable. Los ocho meses de celda con que se abre este sistema pueden haber debilitado el físico del penado, pero á buen seguro que no habrán robustecido su moral. Al cabo de ellos, el sujeto es fundamentalmente el mismo. Nada impide, pues, que se produzca el fenómeno de mutua perversión que hemos señalado al hablar del sistema precedente.

Por otra parte, aunque fuera posible establecer una incomunicación rigurosa entre los presos, el hecho es que se ven, y esa sola circunstancia es suficiente para objeti-

var en organismos adecuados, á la salida de la cárcel, ese funesto *sprit de corps*—cuya formación se observa en el interior de todas ellas. ¿Y luego se ha pensado seriamente en el alcance moral de esa otra medida que permite al autor de un delito alternar en la misma sala de trabajo con el obrero honesto? ¿Dónde está la sanción penal, si las cárceles se trasladan á los talleres? Nótese que por una singular anomalía el obrero ve imponer como pena aquello que él había aceptado como el noble cumplimiento de un deber. Bueno es que los presos trabajen; la ley según la cual *qui non laborat non manducat* debe imperar en la cárcel con mayor razón que en ninguna otra parte; pero es profundamente malo que se haga del trabajo un castigo. El hombre honrado no debe sacar su propio sustento ni el sustento de sus hijos del mismo taller en que un malhechor sufre su condena. Lo que ennoblecía no puede simultáneamente afrentar, ni lo que afrenta ennoblecir. Reunido el estigma y la consideración, y no se habrá conseguido ni una cosa ni la otra. La pena no es nada, si no implica una privación física al mismo tiempo que una *capitis diminutio moral*; es esta quizá una de esas verdades acerca de las cuales existe mayor uniformidad de pareceres. Y bien: ¿la concentración en los mismos talleres de la gente honrada y de los malvados no despoja á aquéllos de sus caracteres fundamentales, no sofoca de una vez para siempre la diferencia con que así en la ley como en el espíritu se manifiestan los extremos de la conducta, el vicio y la inmoralidad? Hay jerarquías infinitamente repetibles: la que distancia en la escala de la consideración social al hombre honesto del vicioso, es una de ellas. Un escritor ilustre decía hace algunos años en el Congreso de Estocolmo y repetía más tarde en el de Anvers: «¿Es conveniente suprimir toda prevención frente al liberado, y no hacer distinciones entre el individuo honorable y aquel que sale de la prisión? ¿Aunque se haya conseguido su enmienda, lo que nunca es dado saber de una manera cierta, merece la misma consideración y la misma estima que aquel que ha perseverado siempre en la virtud, en medio de las situaciones más críticas y de las más duras pruebas? Que se observe que la mayor parte de aquellos que trabajan, pobres, miserables, en presencia del lujo y de la pereza que los tientan y los excitan sufren á consecuencia de esas pruebas y las resisten. ¿Qué pensaría el hombre honrado, que no se apropia jamás el bien ajeno, aunque él y sus hijos sufran hambre, si se le considerase absolutamente como el igual de aquel que ha sido condenado por robo? Es elevar ó rebajar la moral el pasar el mismo rodillo por las frentes puras y las manchadas á pretexto de no conservar rencor y de no hacer distinción entre graves faltas y grandes méritos.»

Estas juiciosas palabras no se refieren precisamente á la promiscuidad que hemos censurado, pero su generalidad tiene perfecta aplicación á ella.

Se me habría entendido mal si por lo que antecede se llegase á creer que la sociedad debe proscribir á los malhechores de su seno, obligándoles á formar una clase aparte señalada por su ayección moral y su miseria física como la de los parias de la India. De ningún modo: no hay nada que radique más establemente en el vicio que esta terrible excomunicación pública; el espíritu de clase consuma entonces la obra iniciada por las pasiones. Es preciso no cerrarle al delincuente el paso á la regeneración, que sólo puede hallarla en medio de la sociedad y no fuera de ella. «Basta de *declassés*», es el lema presente de la ciencia penal.

Pero entiéndase bien, y este es nuestro verdadero punto de vista: existen límites que puede franquear la cari-

dad, pero que debe resueltamente respetar la justicia. La sanción física y moral del delito es uno de ellos. El Estado no tiene facultades para nivelar las condiciones del criminal y del hombre honesto; es necesario que el malvado experimente las consecuencias de su conducta, que el doble tormento de las privaciones físicas y de la reprobación moral gravite sobre su persona. No se concibe un organismo político donde las manifestaciones opuestas de la conducta se hallan sujetas al mismo tratamiento legal y moral: semejante igualdad sería la negación más absoluta del orden social. Pero, ya lo hemos dicho, lo que no puede la justicia, es susceptible de hacerlo el espíritu de filantropía. A la caridad le corresponde la noble misión de levantar al caído y de salvar la distancia que el delito ha establecido entre él y la sociedad de las gentes honestas. A ella le está exclusivamente reservada la humanitaria tarea de facilitar el ingreso del delincuente arrepentido á la comunidad de los hogares y talleres; de ubicar nuevamente en la sociedad, en un ambiente propicio, al miembro distanciado de ella por la acción segregativa del delito. Así como en otro orden de ideas el potentado puede dar al menesteroso una parte de las riquezas cuyo goce la justicia tiene el deber de garantizarle, sin renunciar al derecho de ser rico, de igual manera el hombre virtuoso, respetado por su moralidad, puede elevar hasta sí al delincuente, ofrecerle un puesto de lucha á su lado, fraternizar con él, sin renunciar por eso á las justas consideraciones que se le tributan y que las leyes deben ser las primeras en prestigiar.

Los males de la miseria, tanto física como moral, es la benevolencia la llamada á remediarlos; el Estado no puede distribuir el patrimonio de los ricos para acabar con los mendigos, ni violar las prerrogativas sociales de la virtud para que no haya malvados: no cabe decirse cuál de estas dos formas de comunismo sería la más funesta. La benevolencia resuelve satisfactoriamente esta aparente autonomía entre la necesidad de los unos y la prerrogativa de los otros; así, el que ofrece una limosna al hambriento, como el que consuela y moraliza al malvado, afirman, respectivamente, el derecho á la propiedad y las consideraciones públicas del honor. Que los filántropos se esfuercen, pues, en romper el entredicho que pesa sobre los desorbitados de la conducta, pero que el Estado respete al mismo tiempo, como un sagrado inviolable, la jerarquía social de la virtud.

Hoy más que nunca es quizás evidente la necesidad de honrar el trabajo: el taller donde el obrero gana el pan de sus hijos no puede ser un instrumento de justicia penal: los mismos que batallan por el goce comunal de la propiedad serán quizá los primeros en proclamar esta vez, con toda razón, el usufructo íntegro y personal del honor.

Este sistema, posiblemente, por influjo de su misma complicación, ha gozado y goza todavía de gran favor, tanto en la legislación como en la doctrina. Está adoptado en Suiza, en España, en Hungría, en Dinamarca, y en varios estados americanos. Sus resultados fueron en un principio sobresalientes; en Irlanda, bajo la égida de Sir Walter Crofton, permitieron rebajar del presupuesto cincuenta mil libras y cerrar cuatro cárceles. Después aquéllos han variado en sentido precisamente opuesto; el mismo Walter Crofton lo confesó, respecto de la gran Bretaña, no hace aun muchos años. En Dinamarca se ha dicho, por otra parte, que los condenados aprovechaban la libertad relativa del tercer período para robar en los talleres á donde se les enviaba con el fin de consolidar su regeneración moral.

Esto hace creer que lo que se ha atribuido á mérito del sistema, allí donde funcionaba con éxito, debe ponerse á la cuenta de los hombres abnegados que ha tenido á su frente.

Sistema celular mitiga do por la acción del patronato.—A nuestro juicio, este régimen encierra la verdadera solución del problema penitenciario. Ya sabemos que nació en Estados Unidos, por evolución del *Solitary confinement*, cuya brutal severidad no tardaron en conocer sus mismos inspiradores.

Los esfuerzos del eximio Dupetiaux lograron naturalizarlo en Bélgica, y es allí donde ha adquirido la evidencia y el prestigio que generalmente se le concede. En cierto modo este sistema tiene una honda base de justificación histórica, pues surgió, como es sabido, por una doble reacción contra los peligros experimentalmente constatados de la comunidad y del aislamiento absoluto. Era preciso idear un régimen que evitase ambos inconvenientes, que abriera las puertas de la celda á todas las buenas influencias, pero que las cerrara al mismo tiempo herméticamente á todas las malas; ese desiderátum lo realiza, dentro de la imperfección natural de las cosas humanas, el sistema de que tratamos.

El penado está aislado de una manera rigurosa de sus demás compañeros de prisión, pero en continuo trato con el director, el capellán y los miembros de las sociedades de patronato. En las cárceles bien organizadas un penado no llega á saber nunca quiénes son sus compañeros de reclusión ni les ve jamás las caras; las personas caritativas del patronato llevan en cambio en el bolsillo el llavín de la celda donde se halla el penado. Tal ocurre en Luvain y Saint Gilles.

Fieles al plan que nos hemos trazado, vamos á reseñar sintéticamente las virtudes con que cuenta este sistema, así como los defectos que se le atribuyen.

La primera de todas, sin duda, y la más importante también, es la rigurosa incomunicación en que coloca al penado respecto de sus congéneres. Esto es de una eficacia indiscutible. Los más perversos se ven privados del auditorio que necesitan para exteriorizar toda su perversidad; los menos malos se ven libres de la terrible seducción que sobre su espíritu ejercen los corifeos del vicio; y unos y otros experimentan en mayor ó menor grado la extraña inseguridad, el mortal desaliento que invade el corazón de todo hombre que se siente solo en el derrotero de la vida. Aunque parezca raro, el hombre, para ser criminal, como para ser virtuoso, como para ser sabio, necesita el estímulo de la aprobación de sus semejantes. La susodicha incomunicación destruye, además, de raíz, el espíritu de asociación dentro de la cárcel, y si no lo destruye, lo obstaculiza enérgicamente fuera de ella.

(Continuará).

JURISPRUDENCIA

No es necesaria la inscripción en el Registro del Estado Civil del reconocimiento de hijos naturales hecho por el padre, para que la madre pueda ejercer la patria potestad sobre sus hijos naturales y asumir el carácter de administradora legal de sus bienes.

Señor Juez:

Sírvase V. S. disponer que previamente se inscriba en forma el reconocimiento á que se alude en el escrito en vista.

Montevideo, noviembre 28 de 1908.

Abel C. Pintos.

Señor Juez Letrado Departamental:

Joaquina Cardoso, por mis menores hijos Livio, Luis Cloriso, Helébora, Joaquina, Ofilio, Carlirio, Lilia Irene y Aralia Cardoso, en las actuaciones que he promovido solicitando se declare que en el carácter que invoco soy administradora legal de los bienes de mis citados hijos menores, evacuando la vista conferida, conforme á derecho, á V. S. digo: que la inscripción del reconocimiento solicitada por el señor Fiscal de lo Civil no es un requisito necesario para que ese reconocimiento tenga validez, según lo prevenido por el artículo 48 de la ley de Registro del Estado Civil. Los gastos y la demora que impondría la inscripción de la referencia serían, pues, innecesarios, y abrigo la convicción de que la ilustrada rectitud de V. S. se ha de servir evitarlos.

Por tanto:

A V. S. suplico que, sin más trámite quiera resolver según lo pedido en mi anterior escrito. Será justicia, etc.

Montevideo, diciembre 3 de 1908.

Joaquina Cardoso.

Señor Juez:

La peticionaria está obligada á practicar la inscripción del reconocimiento á que se refiere en el escrito en vista, de acuerdo con los artículos 69, 23 y 48 (inciso final) de la ley de Registro de Estado Civil. Sírvase V. S. declararlo así.

Montevideo, diciembre 10 de 1908.

Abel C. Pintos.

SENTENCIA DEL JUEZ L. DEPARTAMENTAL

Vistos:

Considerando: que el estado civil de hijo natural se prueba por el reconocimiento hecho en escritura pública ó en el testamento (artículo 209 del Código Civil); y que la omisión del registro no quita al reconocimiento sus efectos legales, como lo dispone expresamente el artículo 48 de la ley de Registro del Estado Civil fuera de los casos que tácitamente expresa la misma disposición y en los cuales no está comprendido el caso ocurrente. La ley exige la inscripción (artículo 69, ley

citada); pero sin imponer ni una multa siquiera por esta omisión, como lo ha hecho para los demás actos constitutivos del estado civil, en el artículo 23, en que se excluye la inscripción del reconocimiento de hijos naturales. Las disposiciones referidas concuerdan con el artículo 40 del Código Civil, que no exige para la comprobación del estado de hijo natural la partida extraída de los registros, como lo ha hecho para los legítimos, y el artículo 42, que dice que el estado de hijo natural se probará por escritura pública;

Considerando: que si la omisión del registro, no quita al reconocimiento sus efectos naturales (artículo 48, ley del Registro del Estado Civil), no es posible negar a la peticionaria la declaratoria que solicita y que corresponde, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 233, 245 y 253 del Código Civil.

Por estos fundamentos:

Se resuelve: declarar que doña Joaquina Cardoso está en uso de la patria potestad sobre sus hijos naturales Livio, Luis Clorisio, Heléhora, Joaquina, Ofilio, Carlirio, Lilia Irene y Aralia Cardoso. Previo pago de costas, dese el testimonio solicitado, desglórese el testimonio de f. 1, si se pidiere, y archívese el expediente.

Montevideo, diciembre 12 de 1908.

J. Cíbils Larravide.

Quando el actor detiene los procedimientos en un juicio, no cumpliendo con el requisito de la conciliación ordenado por el Juez, corresponde al demandado, si quiere que se siga adelante el juicio, el citar al actor al juicio de conciliación.—No puede sostenerse que en este caso exista deserción del juicio por parte del actor.—(ARTÍCULOS 9.º Y 24 DEL CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL, 1574 DEL CÓDIGO CIVIL, 530, 281, 843 Y 1316 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL).

Por presentadas con los recaudos que acompañan:

Dase por contestada la demanda, y llenado el requisito de la conciliación, se proveerá lo que corresponda.

Montevideo, octubre 28 de 1908.

Furriol.

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Francisco del Campo y Juan Quadri por la sucesión de don I. C. R. y doña R. S. de R. en los autos promovidos por don R. S. sobre pretendida reivindicación de terrenos situados en el Buco, como mejor proceda, decimos: que del auto de V. S. en que mandó al procurador Sorin llenar el requisito de la conciliación, previamente a la sustanciación de la demanda, fué notificado este señor el día 3 del corriente. A pesar del largo tiempo transcurrido, no ha dado cumplimiento al mandato de V. S., pues hasta hoy no hemos recibido citación de ningún género.

Es probable que no lo intente nunca, pues la acción que ilegalmente dedujo no tuvo otro objeto que trabar ó entorpecer la venta del bien raíz que atolondradamente y sin derecho ni razón alguna intenta reivindicar.

Pero como no es posible tolerar por más tiempo esta situación, ocurrimos ante V. S., rogándole se sirva disponer que el actor llene el requisito conciliatorio, como está mandado, dentro de un breve plazo que V. S. se servirá designarle, bajo apercibimiento de declarar su deserción del juicio, si no lo efectúa.

Por lo expuesto:

A V. S. suplicamos se sirva proveer de conformidad pues será justicia.

Montevideo, Noviembre 16 de 1908.

Francisco del Campo — Juan Quadri—Angel Solta.

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Francisco del Campo y Juan Quadri por la sucesión de don I. C. R. y doña R. S. de R. en los autos promovidos por don R. S. sobre pretendida reivindicación, como mejor proceda digo:

Que solicitamos revocatoria por contrario imperio del auto que no hace lugar a la fijación del término al actor para que llene la conciliación, bajo apercibimiento de declararlo desierto del juicio; y para el caso omiso ó denegado interponemos el recurso de apelación en relación

Establece V. S. que con arreglo a lo prescripto por los artículos 530 y 843 del Código de Procedimiento Civil no corresponde la medida que solicitamos. «Sobre todo cuando nada obsta á que el demandado cite á su contrario á conciliación ó ejercite los derechos que puedan asistirle para evitar los perjuicios que pueda irrogarle la interdicción solicitada.»

Hay error manifestado en esta consideración.

El artículo 530 del Código de Procedimiento Civil no hace más que definir la deserción y prescribir que debe ser declarada por Juez competente; el artículo 843 y siguientes de dicho Código no hacen tampoco otra cosa que reglamentar el juicio en rebeldía, respecto del citado en su persona con arreglo a lo dispuesto en el artículo 300 y primer inciso del 301, los cuales se refieren a los litigantes demandados, y no á los litigantes actores, como resulta de sus términos categóricos y explícitos.

Luego, esas disposiciones legales, que no comprenden al litigante actor, no pueden invocarse legalmente para desechár nuestro petitorio, que se refiere exclusivamente á éste.

Agrega V. S. que «nada obsta á que el demandado cite al actor á conciliación, ó ejercite los derechos que puedan asistirle, para evitar los perjuicios que pueda irrogarle la interdicción decretada».

La ley impone al actor no sólo que llene la conciliación (artículo 263 del Código de Procedimiento Civil), sino también que la presente con la demanda (artículo 239).

Y si la ley impone esa obligación al actor, es evidente que ella no puede atribuirse al demandado. Sería invertir los términos y trastornar el orden del juicio, establecer que el demandado debe ó puede llenar la conciliación.

Si la ley manda como requisito previo é indispensable al juicio, que se llene la conciliación por el actor, no cabe sostenerse que puede establecerse éste sin ese requisito, y menos aún que debe ser el demandado el que lo llene.

Nuestro petitorio tendía á evitar que la violación del artículo 281 del Código de Procedimiento continuara produciendo efecto; y por esa razón no puede ser rechazado.

Dice ese artículo : « No puede darse curso á ningún expediente de los no exceptuados en los Tribunales ó Juzgados, sin que el actuario anote en la cardula del expediente haberse llenado tentativa de conciliación y la foja en que conste, ó bien expresar que no consta haber tenido lugar para que ante todo se provea por el Tribunal ó Juez que conozca ó haya de conocer en el asunto que se cumpla ese requisito, apercibiendo á los que resulten culpables de la inobservancia de este artículo ».

Es lo que hemos pedido en nuestro anterior escrito, y lo que V. S. debe hacer en cumplimiento de ese precepto legal.

No puede V. S. dejar de cumplir ese precepto, estableciendo, como lo hace en el auto recurrido, que nada obsta á que lo llenemos nosotros, porque la ley no nos impone semejante cosa; y menos aún, establecer que podemos ejercitar los derechos que nos asistan, porque ya los hemos ejercido con el petitorio á que nos referimos, de la única manera que la ley lo permite.

V. S. no puede denegar el pedido de que se obligue al actor á llenar la conciliación dentro de un breve término, porque es de precepto impositivo de la ley que así se haga.

V. S. no puede dejar de examinar al actor para el caso de desobediencia, con el apercibimiento de darlo por desertado del juicio; porque la resistencia á llenar la conciliación, importa el abandono ó la deserción del juicio (artículo 530 del Código de Procedimiento Civil), desde que sin ese requisito no es posible dar curso á la causa (artículo 281 del Código de Procedimiento Civil).

Estas consideraciones evidencian el error que entraña el auto que reclamamos, y esperamos de la rectitud é ilustración de V. S. que, apercibido de él, ha de repararlo, evitando que se continúen produciendo los perjuicios graves que la demora en la tramitación nos causa, los cuales no se pueden reparar por otro medio legal que el solicitado en nuestro anterior escrito.

Por lo expuesto:

A V. S. suplicamos se sirva resolver como lo dejamos solicitado, pues será justicia.

Montevideo, noviembre 24 de 1908.

Juan Quadri—Francisco del Campo.

A. SOLLA,
Abogado.

Señor Juez Letrado de lo Civil:

Juan M. Sorín por don R. S. en el juicio reivindicatorio seguido contra la sucesión R., como mejor proceda digo:

Que V. S. se servirá mantener el auto de que recurre la parte contraria, concediéndole el recurso de apelación para ante el superior, que interpone en subsidio.

He abrigado, desde el primer momento de iniciar este juicio, el propósito de llenar el requisito de la conciliación. Si no lo hice en el primer momento, acompañando el testimonio á la demanda, debióse esto á la premura con que debí iniciar la acción para evitar que se vendiesen los supuestos derechos posesorios de la sucesión R.

Una vez iniciado el juicio, me vi en la necesidad imperiosa de trasladarme á la ciudad de Buenos Aires, siendo de advertir que antes de emprender ese rápido viaje me

entrevisté con el doctor Francisco del Campo, poniéndolo en conocimiento de esa circunstancia.

Cuando llegué de Buenos Aires, ya estaba presentado el escrito que, movida por una impaciencia fuera de lugar, había presentado la parte contraria, pidiendo la friolera de que se me declarase desierto del juicio si no llenaba el requisito de la conciliación en breve término, y, ante tal actitud, sólo me cupo esperar la providencia de V. S.

Esa providencia no tardó en llegar y ella se encuentra asentada sobre fundamentos inmovibles. Los artículos 530 y 843 del Código de Procedimiento citados en la resolución de V. S. no dejan cabida á protestas con visos de legalidad.

El artículo 530 del Código de Procedimiento hace algo más que decir que la deserción debe ser declarada por Juez competente, pues establece también que ella se declarará con arreglo á lo dispuesto en los artículos 9 y 24 de la parte segunda de ese Código, es decir, con arreglo á lo dispuesto al tratar de los juicios en rebeldía de la perención de la instancia.

Resultaría irrisorio invocar la perención de la instancia en un juicio que no se ha paralizado un instante y cuya iniciación data de pocos días, y en cuanto á la rebeldía ¿en qué artículo del Código de Procedimiento podría fundarse? ¿qué disposición legal invoca la parte demandada para declarar rebelde al actor que no ha desaparecido un momento del juicio?

No es dudoso, pues, que se ha sostenido de contrario una doctrina á todas luces ilegal. Además, como V. S. lo expresa en la resolución apelada, « nada obsta á que el demandado cite á conciliación ó ejercite los derechos que puedan asistirle para evitar los perjuicios que puede irrogarle la interdicción solicitada », y esta última parte es tanto más acertada, cuanto que mi poderdante posee bienes para responder de los perjuicios supuestos ó reales que se invocan de contrario.

Por esto:

Dígnese V. S. proveer como lo dejo solicitado, condenando en los costos y costas de incidente á la sucesión R., pues es justicia.

Juan M. Sorín.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: Atento á que la deserción, ó sea el desamparo ó abandono de una acción deducida en juicio, debe ser declarada con arreglo á lo dispuesto en los artículos 9 y 24 de la parte 2.ª del Código de Procedimiento Civil;

Que en consecuencia no hay más que dos casos de deserción: 1.º Cuando un litigante citado en su persona no comparece dentro del término del emplazamiento (artículos 843, 847, 172 y 174, Código citado);

2.º En el caso de perención de instancia cuando han transcurrido tres años sin que se haya hecho ningún acto de procedimiento (título 24, Sección II);

Que si esos son los únicos casos de deserción según expresa disposición de la ley, el Juzgado no puede ni por vía de apercibimiento, y sin invadir la función legislativa, crear otros, como lo pretenden los recurrentes, porque ó la deserción tiene por base jurídica la presunción legal de abandono ó renuncia de derechos fundada en una inacción determinada del demandante, y en tal caso nadie sino la ley puede crear presunciones de esa índole

(artículo 1575 del Código Civil), é implica una sanción excepcional limitativa de derechos, y entonces tampoco puede esa sanción aplicarse analógicamente, desde que las disposiciones excepcionales son de aplicación restrictiva;

Que la inacción ó el silencio, tanto en materia civil como en materia procesal, no autorizan arbitrarias sanciones, sino las que la ley impone, ó en otros casos no previstos por la disciplina legal, los que admiten los principios generales de derecho;

Que si la omisión del actor paraliza el procedimiento, perjudicando injustamente al demandado, puede éste hacer uso de sus derechos para poner fin á una situación perjudicial, entre otros, el de citar á conciliación á su contrario, pero más como derecho que en cumplimiento de una obligación;

Por estos fundamentos: no ha lugar á la reposición solicitada y admítase en relación la apelación interpuesta para ante el Superior Tribunal en turno, al que se elevarán los autos, previo emplazamiento de las partes por el término de tres días.

Montevideo, diciembre 10 de 1908.

Furriol.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto este incidente venido á segunda instancia por la apelación interpuesta por la parte demandada contra el auto dictado á f. 32 vta. por el señor Juez Letrado de lo Civil de 2.º turno.

Por sus fundamentos y los del auto de fs. 38; y

Considerando: que la deserción de que trata el artículo 530 del Código de Procedimiento Civil, invocado por la parte demandada en su escrito de fs. 34, sólo puede ser declarada en los casos de los artículos 843 y siguientes y 1316 y siguientes del mismo Código;

Que ninguno de los casos previstos en esas disposiciones legales se relaciona con el requisito de la conciliación;

Que con arreglo al artículo 281 del mismo Código, el único efecto que produce la misión del requisito de la conciliación es el de impedir el curso del expediente mientras no sea él llenado;

Que la paralización que sufra el expediente mientras no se cumpla con ese requisito, no puede dar mérito á la declaración en este juicio mientras no se produzca el caso señalado en el artículo 1316; y

Que el actor ha declarado en el escrito de fs. 37, que la parte demandada puede citarlo á él á juicio de conciliación en este expediente; lo que importa admitir que aquella parte tiene ese medio legal de impedir la paralización de los procedimientos, y atento lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil.

Se confirma el auto apelado, con costas, y devuélvase.

*Martínez — Montero Paulier, discorde en parte—
Piñeyro.*

Es competente para entender en la declaración de pobreza el Juez Letrado de Instrucción de turno, cuando esa declaración se solicita antes de iniciarse la instrucción de un sumario y con el fin de entablar un juicio por injurias, de acuerdo con el ar-

tículo 2 de la ley de 27 de mayo de 1896 y los artículos 1283 y 748 del Código de Procedimiento Civil.

AUTO DEL JUEZ LETRADO DE INSTRUCCIÓN

Vistos:

Siendo competente en los juicios de injuria y calumnia el señor Juez Letrado Correccional, artículo 52, número 3, Código de Instrucción Criminal, no existiendo juicio hasta que no hay acusación de parte 6 del Ministerio Público, artículo 188 del Código citado; no siendo apelable el auto de fs. 2, por no ser sentencia interlocutoria ó definitiva ni causa gravamen irreparable, artículos 651 y 656 del Código de Procedimiento Civil.

No se hace lugar á los recursos interpuestos, estése á lo resuelto y expídanse al apelante los testimonios que solicitase.

Montevideo, diciembre 5 de 1908.

Silva.

OFICIO DEL JUEZ LETRADO DE INSTRUCCIÓN

Señor Juez Letrado Correccional:

Tengo el honor de elevar los autos «C. de T. solicita auxilioria de pobreza para litigar contra C. P., injurias», que fueron remitidos por V. S. en razón de creer que no es Juez competente para entender en ello.

Acompaño á ese expedienteillo el seguido por la misma señora, sobre auxilioria de pobreza, ante este Juzgado y en el cual resolví por auto de fs. 2 que ocurriera ante V. S. por ser el Juez competente, artículo 1283 del Código de Procedimiento Civil. Contra ese auto fué interpuesto el recurso de apelación, al que no hice lugar por los fundamentos de la resolución de fs. 5.

Los Jueces Letrados de Instrucción no son Jueces de fallo, de conformidad con la ley de su creación, y como en el juicio de auxilioria de pobreza hay que dictar sentencia definitiva que resuelva el juicio especial contradictorio con el señor Fiscal de Hacienda, es ir contra la letra y el espíritu de la referida el hacer intervenir á los Jueces de Instrucción en esos juicios.

El Juez competente por la ley, en los juicios de calumnia é injurias, es el Juez Letrado Correccional; el Juez de Instrucción no hace más que instruir el sumario, y el artículo 1283 del Código de Procedimiento Civil, al decir que la declaración de pobreza se hará por el Juez que está conociendo ó que deba conocer de la causa, establece que el Juez de la causa es el competente y no un Juez accesorio ó auxiliar, diremos, como lo es el Juez de Instrucción, que sólo hace el sumario y no entiende en la causa ó juicio, porque, de acuerdo con el artículo 188 del Código de Instrucción Criminal, no existe juicio sino cuando hay acusación.

Por otra parte, ese Juzgado ha resuelto hasta ahora juicios de auxilioria de pobreza para entablar querellas de calumnia é injuria, pudiendo citar el que siguió doña M. R. L. de D. contra A. B., existiendo en este Juzgado, el certificado respectivo con el que acciona la referida señora. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 754 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, deduzco contienda de competencia, y en virtud de las razones expuestas, que ampliaría en caso necesario, de-

vuelvo á V. S. los expedientes indicados, por si creyera bastantes esas razones para seguir entendiendo en el juicio de auxilioria.

Saludo á V. S. con toda consideración y estima.

Montevideo, febrero 10 de 1909.

Manuel F. Silva.

RESOLUCIÓN DEL JUEZ LETRADO CORRECCIONAL

Vistos y atento á la contienda de competencia deducida á fs. 7 por el señor Juez de Instrucción de 1.^{er} turno y la argumentación de que instruye el escrito precedente;

Considerando: que el proceder del Juzgado, al mandar llenar previamente el requisito constitucional de la conciliación, obedece, como lo ha hecho en casos idénticos, á evitar litigios onerosos á las partes, quienes bien pueden, ante el magistrado conciliador, dirimir sus contiendas sin exponerse á las contingencias aparejadas á los pleitos;

Considerando: que la ley de mayo de 1896, artículo 2.º, establece de manera inconcusa que «los Jueces de Instrucción conocerán en todas las causas que ocurran en el Departamento de Montevideo», y en el caso se trata de un delito de exclusiva competencia en el período sumario de aquellos funcionarios, siendo ante aquéllos, con ó sin auxilioria de pobreza, donde deben ocurrir los interesados, no explicándose porqué hayan de establecerse diferencias en un caso y en otro, ya que de continuo se admiten cuando las auxiliorias de esa clase no precedan la demanda;

Considerando: que el artículo 1283 del Código de Procedimiento Civil no deja lugar á duda alguna sobre el punto anteriormente analizado, que esto mismo lo reconoce la parte interesada en su escrito de fs. 4, pero que el Juez proveyente se conceptúa obligado á no dilatar con mayores disquisiciones las acciones que aquélla pueda deducir en defensa de sus derechos;

Por todo lo expuesto, se resuelve dejar sin efecto el auto reclamado de fs. 8, á los efectos de la resolución sobre competencia, debiendo elevarse á la Excelentísima Alta Corte estos autos, con arreglo á lo dispuesto por los artículos 764 y 769 del Código de Procedimiento Civil y artículo 14, inciso 6.º de la ley de Octubre de 1907.

Montevideo, febrero 25 de 1909.

Lacueva Stirling.

VISTA DEL FISCAL DE CORTE

Excmo. Corte:

Tanto el Juez de Instrucción de 1.º turno, como el Correccional, se consideran incompetentes para entender en la declaratoria de pobreza que se solicita con el fin de entablar, según dice el peticionario, por injurias verbales y reales las respectivas acciones.

A primera vista el caso se resuelve sencillamente, aplicando los artículos 1283 del Código de Procedimiento Civil y 52 del de Instrucción Criminal. El primero establece que «la declaratoria de pobreza se hará por el Juez ó Tribunal que esté conociendo ó que deba conocer de la causa», y el segundo dispone que «los Jueces

Letrados Departamentales» (y por consiguiente el Correccional, artículo 53 de este último Código), «tendrán jurisdicción para conocer y fallar en las causas que se inicien por los delitos... de injurias...» Siendo, pues, el Juez Correccional aquel á quien corresponde conocer y fallar en las causas sobre injurias, cuando el delito se comete en la Capital, parece que es también el que debe resolver sobre la declaratoria de pobreza que se pide con el objeto de deducir acción por ese mismo delito de injurias.

Agréguese á esto lo que expresa el señor Juez de Instrucción: que él no es Juez de fallo, y que, por lo tanto, no puede resolver el juicio especial, contradictorio con el señor Fiscal de Hacienda, de declaratoria de pobreza; que, además, por Juez de la causa debe entenderse el que conoce en el juicio, y según el artículo 183 del Código de Instrucción Criminal, no existe juicio sino cuando hay acusación, ó sea después que el asunto ha pasado al Juez Correccional.

Sin embargo, si se lee el artículo 423 del mismo Código de Instrucción, es necesario entender por causa en materia penal, no sólo la que está en plenario, sino también la que se encuentra en estado de sumario; de manera que la palabra «causa» no resuelve por sí sola la cuestión.

Quizá la decidiera la palabra *conocer* que emplea el mismo artículo 1283: «Juez... que esté conociendo ó deba conocer...», dice esa disposición legal. Y bien: cuando se dice que un Juez conoce en un juicio ó causa, se quiere, por lo general, expresar que tiene jurisdicción para dictar sentencia en ese juicio ó causa.

Resultaría, pues, de aquí, que los Jueces de Instrucción, puesto que no fallan los asuntos sometidos á su competencia, no conocen propiamente en ellos, y por consiguiente están fuera del alcance del artículo 1283.

Pero esta solución que es la que se presenta á primera vista, no es fundada, como lo demuestran las consideraciones siguientes:

En primer lugar puede oponerse contra ella el artículo 2.º de la ley de 27 de mayo de 1896, según el cual «los Jueces de Instrucción conocerán en todas las causas por delito que ocurran en el Departamento de Montevideo, hasta la terminación de los sumarios».

Como se ve, en concepto del legislador, un juez conoce de una causa, no sólo cuando tiene la facultad de sentenciar en ella, sino también cuando su misión se limita á la instrucción del sumario.

Es evidente, pues, que los Jueces de Instrucción están comprendidos entre aquellos á que se refiere el artículo 1283 del Código de Procedimiento Civil.

Si dichos jueces no fallan las causas criminales en que intervienen como sumariantes, pueden dictar sentencia en los incidentes que se promuevan dentro del sumario, y por consiguiente, pueden resolver también el pedido de declaratoria de pobreza, desde que ella es un incidente de la causa para la cual se solicita.

El referido incidente, cuando se promueve durante la tramitación de la causa principal, impide la prosecución de ésta, puesto que, como fácilmente se comprende, el que solicita que se le declare pobre para litigar, puede estar en la imposibilidad de accionar ó defenderse, mientras no se le dé el certificado de pobreza.

Y bien: como consecuencia de esto es necesario admitir que si la solicitud de declaratoria de pobreza se presenta durante la instrucción del sumario, tendría que conocer de ella el Juez de Instrucción y no el del plenario; puesto que, de acuerdo con el artículo 748

del Código de Procedimiento Civil, «los incidentes que impiden la prosecución de la demanda principal se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando entretanto suspenso el curso de aquéllos». Siendo esto así, cuando el incidente se promueve durante la instrucción del sumario, no hay razón para que sea de otro modo, cuando la declaratoria de pobreza se solicita, como en el presente caso, antes de que el sumario haya empezado á instruirse.

Por lo demás, no puede haber duda de que la declaratoria de pobreza hecha por el Juez de Instrucción, serviría para todo el juicio, sin necesidad, por consiguiente, de repetir el pedido ante el Juez del plenario; esa declaratoria, en efecto, no se da para una parte del juicio, sino para todo él (argumento de los artículos 1283 y 1292 del Código de Procedimiento Civil).

Del mismo modo, el certificado de pobreza otorgado en primera instancia, sirve para todas las demás instancias del mismo juicio. Según el artículo 128 de la ley de enjuiciamiento criminal vigente en España, «la declaración de pobreza se solicitará ante el Juez ó Tribunal que estuvieren conociendo de la causa».

Los autos de los Jueces de Instrucción resolviendo estos incidentes son apelables ante el respectivo superior jerárquico.

Como se ve, pues, según la ley citada, los Jueces de Instrucción pueden conocer en los incidentes sobre declaratoria de pobreza.

Aún en el supuesto de que fueran competentes los dos Jueces, el de Instrucción y el Correccional, deberá preferirse aquél por aplicación del principio de que cuando dos Jueces pueden entender en una misma causa, es competente el que primero conoce en ella; y en el presente caso, el Juez de Instrucción es el primero que puede intervenir en la declaratoria de pobreza, como es también el primero ante el cual se ha presentado la respectiva solicitud.

Este Ministerio opina, en conclusión, que el Juez competente para entender en la declaratoria de pobreza á que se refieren las presentes actuaciones es el de Instrucción de 1.º turno.

Montevideo, marzo 15 de 1909.

DECISIÓN DE LA ALTA CORTE

Vistos: Por los fundamentos aducidos por el señor Fiscal de Corte en el dictamen precedente:

Declárase que el incidente sobre declaratoria de pobreza á que se refieren estas actuaciones es de competencia del señor Juez Letrado de Instrucción de primer turno, á quien se le remitirán los autos, y avísese al señor Juez Letrado Correccional.

Febrero 17 de 1909.

Piera—Garzón—Romeu Burgués — Bastos — Cuñarro (disorde).

Es procedente el embargo de una propiedad raíz para responder á las restituciones á que dé lugar el juicio por difamación, aunque el sumario no se halle terminado

todavía, siempre que exista semiplena prueba del delito imputado.—(ARTÍCULOS 35 Y 25 DEL CÓDIGO PENAL).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: Resultando que el querellante solicita nuevamente el secuestro de una propiedad raíz para responder á las restituciones ó indemnizaciones del juicio:

Considerando: que el auto que levantó el embargo no causa estado, y que por tanto ha podido solicitarse en otro estado del sumario.—La sentencia de tercera instancia en su último considerando establece que por el delito *sub-judice* no corresponde secuestro; sin embargo, en el fallo se limita á confirmar la sentencia de segunda instancia y establece que: por ahora el delito no es de los que dan lugar al embargo. Cabe, pues, la nueva disensión cuando el sumario se ha modificado. Además, la excepción de cosa juzgada no es de orden público en los juicios entre partes;

Considerando: que en el estado actual de este sumario hay semiplena prueba del delito imputado, pues existe una sentencia que absuelve al querellante en un juicio criminal, y por tanto, tiene la fuerza de una presunción legal;

Considerando: que aun cuando el artículo 152 del Código de Instrucción Criminal—único que habla del embargo—no dice en qué estado del sumario se podrá decretar, es lógico suponer que puede hacerse cuando hay semiplena prueba del delito imputado, pues no es posible suponer que fuera más rigurosa y exigente la ley para permitir la traba del embargo que para la prisión del prevenido. Otras legislaciones permiten el embargo cuando hay solamente indicios. (Artículo 589, Ley de E. Criminal de España);

Considerando: que el artículo 152 del Código de Instrucción Criminal, á pesar de encontrarse en el título que se denomina «Del sumario en las causas graves», su aplicación corresponde á todos los delitos y faltas. En primer lugar, debe tenerse presente que el Código citado no es por cierto un modelo en el método, pues en todo él se encuentran disposiciones dispersas que deberían estar en el mismo artículo, y otras en cambio están en el mismo capítulo sin que tengan relación; y es precisamente este título el que determina la instrucción de todos los sumarios leves ó graves, pues no indica en ninguna otra parte otros procedimientos. Por otra parte, es necesario tener presente que el Código Penal no admite otra división de los hechos punibles que en delitos y faltas, sin más denominación general;

Considerando: que el secuestro de los bienes del reo es para garantizar las restituciones eventuales que puedan resultar de la sentencia, porque, de acuerdo con el Código Penal en su artículo 35, toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación de pagar costas, costos, daños y perjuicios;

Considerando: que en el caso *sub-judice*—difamación—no hay motivos para suponer que no haya daños y perjuicios de parte del querellante, porque aun cuando el hecho imputado no hubiera sido causa directa de un perjuicio, podría existir éste indirectamente causado, pues la responsabilidad civil se rige por los principios y disposiciones del Código Civil (artículo 25 del Código Penal);

Considerando: que en el sentido expresado, todos los delitos y faltas dan lugar á restituciones por responsabilidad civil, pues sólo en los delitos políticos se discute si cabe responsabilidad civil. (Pacheco, Código Penal, tomo 1.º, página 277);

Considerando: que el hecho de que actualmente no se hayan probado los perjuicios reclamados, no puede obstar al secuestro, desde luego que este debe decretarse cuando haya semiplena prueba del hecho imputado, y éste puede resultar antes de la estorsión en que se justifiquen aquéllos. Además, la ley presume que siempre hay daños y perjuicios (artículo 35 del Código Penal); que si no se justifican, no se indemnizarán; pero esto no impide que se garanticen los probables perjuicios;

Considerando: que aun haciendo abstracción de los daños y perjuicios, quedan las costas y costos del sumario, que fuera de duda están entre las indemnizaciones que corresponden á la parte damnificada, como expresamente lo determina en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal el doctor A. Vásquez Acevedo (artículo 310);

Considerando: que el artículo 152 del Código de Instrucción Criminal puede considerarse vago, y por esta circunstancia, deben aplicarse las teorías en boga en derecho penal, una de cuyas cuestiones más universalmente admitida es la necesidad de indemnizar á las víctimas de los delitos, llegándose hasta proponer que sea hecha por el Estado, cuando no sea solvente el delincuente. Es por ello que algunos códigos, como el español, llegan hasta autorizar el secuestro cuando haya indicios del hecho imputado. Los perjuicios serán más grandes, en general, cuando se trata de delitos contra la propiedad ó contra las personas; pero siempre existen en todos los delitos, y sobre todo en los delitos contra el honor, como en el caso *sub-judice*;

Considerando: que esperar á que se probaran los perjuicios causados por un delito para trabar el embargo, importaría tanto como no darle garantía alguna al damnificado, pues sería fácil hacer que desaparecieran los bienes del prevenido.

Por estos fundamentos se resuelve: trábase el embargo solicitado en el bien denunciado.

Trinidad, julio 25 de 1908.

Cibils Larravide.

AUTO OTORGANDO EL RECURSO DE APELACIÓN

Vistos: Por los fundamentos de la resolución recurrida; y considerando que el auto de prisión queda ejecutoriado desde que se dicta,—pues la apelación de él sólo tiene efecto *devolutivo* y no *suspensivo*;—que el pedido de embargo no causa estado, porque su resolución puede depender del estado del sumario en el momento que solicita;—que la Oficina no ha padecido ninguna omisión, desde el momento que el interesado no urgió la entrega del despacho, el cual correspondía por otra parte al actor, pues debía abonar los derechos de Registro, por corresponderle su pago, de acuerdo con la sentencia que levantó el primer embargo. Por ello: no se hace lugar á la reposición solicitada; y habiéndose deducido en tiempo y formas legales: otórgase el recurso de apelación en relación, interpuesto por el querellante contra la sentencia de f. 2 v.—En consecuencia, elévense los autos, etc., etc.

Trinidad, septiembre 8 de 1908.

Cibils Larravide.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos estos autos en segunda instancia, venidos á conocimiento del Juzgado por la apelación deducida á f. 6 contra la resolución de f. 1 v.:

Considerando: que la situación legal de Ruiz ha cambiado después de haberse dictado por este Juzgado la resolución de f. 106 de los autos caratulados «Plácido Poli con Felipe Ruiz, calumnia». Hoy prima la resolución de f. 120 v. que confirma la de primera instancia. Que por tanto debe procederse con arreglo á lo que es ahora, cosa juzgada, sean cuales fueren las opiniones del proveyente;

Considerando: que el embargo, no es más que una consecuencia de las tantas que se pueden derivar del auto de prisión que ha sido juzgado procedente.—Por ello, se confirma la resolución apelada sin especial condenación, etc., etc.

Montevideo, enero 29 de 1909.

Pastor.

Sobre marcas de fábrica y de comercio ⁽¹⁾

(Conclusión)

SOBRE EL MEJOR DERECHO AL REGISTRO DE MARCAS

Curt Berger y C.^a con Coates y C.^a.—Marca «Continental»

Presentada á registro por los señores Curt Berger y C.^a, de Buenos Aires, la marca *Continental*, para distinguir, entre otros artículos, máquinas de escribir, los señores Coates y C.^a se opusieron á dicho registro en mérito de ser introductores de máquinas de escribir con la misma marca.

La Cámara de Comercio, informando, dijo: que consideraba necesario se oyerá á los señores Curt Berger y C.^a sobre la oposición deducida por los señores Coates y C.^a, procedimiento que es el usual en casos idénticos y del cual no debía prescindirse en aquél, por ser notorio que los señores Curt Berger y C.^a son introductores en Buenos Aires de unas máquinas de escribir «Continental» que bien podrían ser del mismo fabricante que las importadas por los señores Coates y C.^a. Los señores Curt Berger y C.^a deberán manifestar, al evacuar la vista que se les confiera, si están establecidos en esta República.

Clemente Martín Vilaldach con Viuda de F. Bech
Marca «Jaramago V»

En la controversia seguida sobre mejor derecho á la marca «Jaramago V», la Cámara emitió los siguientes informes:

Excmo. señor:

Estudiado por esta Cámara de Comercio el asunto sobre inscripción de la marca de fábrica «Jaramago V», presentada á nombre de don Clemente Martín Vilaldach, de Barcelona, y oposición de la señora Viuda de Bech, resulta:

(1) Véase el número anterior.

1.º Que el expresado señor es propietario de trece marcas para distinguir papel de fumar, registradas en Madrid el día 9 de Septiembre de 1889, constando que anteriormente, en 17 de Noviembre de 1886, había inscripto en el mismo registro español la mencionada en el párrafo siguiente:

2.º Que una de dichas marcas consiste en una etiqueta cuyos principales elementos son una olla sobre una hoguera, y dos fajas, una diagonal y otra horizontal, en las cuales constan impresas las palabras *Papel de Jaramago*, habiéndose superpuesto en el centro de esta última la letra V. Esta marca fué inscripta en nuestro registro por la señora de Bech, que la hubo por cesión que le hizo el señor Reig y Torres, quien á su vez la había adquirido en Barcelona de su legítimo dueño; y

3.º Que vencido el término de la inscripción de esa marca, la señora Viuda de Bech solicitó la renovación de su registro, agregándole algunos nuevos elementos y sustituyendo la inicial V del apellido del primitivo propietario por la B del suyo.

La oposición deducida por la señora de Bech no se funda en que la marca presentada por el señor Viladach sea confundible con la suya—evidentemente no lo es—sino en que dicho señor no pudo registrar como marca lo que no le pertenece por haberlo vendido; pero no es exacto que la marca vendida por el señor Viladach sea la misma que ahora presenta al registro: la simple comparación de ellas demuestra que sólo tienen un elemento común en la letra V, y esta única semejanza ha sido eliminada por acto propio de la opositora con la sustitución de dicha letra por otra.

Siendo, por consiguiente, infundada la opinión deducida, opina esta Cámara que procede el registro de la marca presentada, por ser distintiva y nueva en su aspecto de conjunto, á causa del carácter y forma de la letra V superpuesta en el centro de la palabra *Jaramago*, vocablo que por sí solo no podría constituir una marca comercial como lo reconoce el mismo solicitante.

V. E., no obstante, resolverá lo que considere más acertado.

Excmo. señor:

Sometido á nuevo estudio el asunto sobre inscripción de la marca *Jaramago V* para papel, presentada por el señor Clemente Martín Viladach, de Barcelona, mantiene la Cámara de Comercio la opinión anteriormente emitida en favor del registro de ella, pero con la siguiente salvedad que le parece conveniente después de los temores que se han manifestado sobre posible confusión de las marcas:

«La marca *Jaramago V* solamente podrá usarse con el agregado del nombre del señor Clemente Martín Viladach escrito con todas sus letras, en caracteres del mismo tamaño y color que los empleados en dicha denominación, é impreso debajo de ésta.»

No obstante, V. E. resolverá lo que juzgue más acertado.

MARCA PARA DISTINGUIR UNA PUBLICACIÓN PERIÓDICA

Francisco Schmidt—Marca «Chic Parisiën»

El señor Francisco Schmidt solicitó el registro de la marca *Chic Parisiën*, destinada á distinguir una revista de modas. La Oficina de Marcas de Fábrica y de Comercio consultó al Ministerio sobre si correspondía el registro de marcas para distinguir obras de esa naturaleza.

El informe de la Cámara de Comercio fué redactado en los siguientes términos:

Excmo. señor:

Todos los productos materiales de la actividad humana pueden ser objeto de una marca. La producción intelectual puede serlo también si el autor de una obra, independientemente de los derechos que le acuerda la ley sobre propiedad literaria, en los países donde la materia está legislada, tiene interés en poner al amparo de la ley de marcas de fábrica y de comercio el nombre ó título de una obra.

La propiedad industrial en sus diversas manifestaciones comprende la producción intelectual, que en un sentido económico implica el ejercicio de una industria, desde que el fruto de ella deje de ser incorpóreo y se ofrezca en reproducciones con fin comercial.

Teniendo, sin duda, en cuenta estos principios, el Gobierno argentino, al reglamentar en su decreto de 2 de Junio de 1903 los artículos 8 y 17, inciso 2 de la ley de marcas, fundamentalmente idénticos á los artículos 6 y 14, inciso 2 de nuestra ley, creó la clase N.º 72 de objetos y productos susceptibles de marcas comerciales para *impresos, papeles, cartones, papelería, librería, etc.*

Corresponde á esa clase la marca *Chic Parisiën* para una publicación periódica, concedida por la Oficina Argentina, la cual no ve inconveniente alguno la Cámara de Comercio en que se inscriba en nuestro registro, de acuerdo con el tratado internacional con aquel país, desde que en nada se opone á nuestra ley vigente.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

El Gobierno, por decreto fecha 8 de febrero de 1908, de acuerdo con lo aconsejado por esta Cámara y por el señor Fiscal de Gobierno de 2.º turno, resolvió declarar procedente la inscripción de la marca *Chic Parisiën*.

Barclay y C.^ª—Marca «18 de Julio»

Los señores Barclay C.^ª solicitaron el registro de una marca constituida exclusivamente por la locución «18 de Julio», para distinguir artículos de tienda.

La Oficina del ramo, teniendo en cuenta que se trataba de la denominación de una fiesta patria, consultó al Ministerio.

Esta Cámara de Comercio produjo el siguiente informe:

Excmo. señor:

No es porque la denominación «18 de Julio», que los señores Barclay y C.^ª quieren registrar como marca, sea la fecha de un aniversario patrio que esta Cámara entienda que no debe ser admitida, sino porque las palabras usuales de un idioma, solamente pueden ser empleadas como denominaciones cuando por su disposición en un conjunto de elementos distintivos por sí mismos adquieran cierto carácter de novedad que evite las confusiones. Una reunión de palabras del lenguaje usual que formen una denominación nueva de un producto industrial, puede constituir una marca, con tal que aquéllas se apliquen de una manera distinta á la de su aplicación ordinaria y fuera de su significación común, lo que sucede principalmente con las denominaciones de fantasía; pero la locución «18 de Julio» no es susceptible

de esa transformación. En cambio, está admitido que las denominaciones de uso común pueden convertirse en marcas comerciales, no por su expresión fonética, sino por su representación gráfica, por los símbolos, emblemas ó leyendas que la acompañen.

Y es así que con toda propiedad, según el modo de pensar de esta Cámara, ha sido inscrita en Buenos Aires una marca consistente en una etiqueta con la reproducción de la columna de Mayo y la inscripción 25 de Mayo dentro de un cuadro de líneas gruesas.

Es indiscutible el derecho de usar como marca de comercio los distintivos que mejor plazcan. Salvo las limitaciones establecidas en la ley por razones de índole administrativa y de interés público, puede adoptarse cualquier medio nuevo de individualizar los productos de una fábrica ó los objetos de un comercio, sin que exista el derecho de oponerse al registro del signo elegido como marca, desde que no exista un interés lesionado. Esto no obstante, la responsabilidad moral que contrae el Estado de hacer respetar la propiedad de la marca registrada, hace necesario que no se facilite demasiado la inscripción de aquellas que puedan más tarde dar ocasión á controversias judiciales que siempre redundan en descrédito de la institución de las marcas de comercio.

Si una fecha cualquiera pudiera por sí misma constituir una marca, el peligro de las confusiones sería inevitable. Inscripta la de «18 de Julio», no podría negarse la inscripción de las de otros días del mismo mes: no existiría entonces entre las marcas así constituidas una diferencia apreciable, y su parecido induciría á errores perjudiciales para el consumidor.

Opina, por consiguiente, esta Cámara, que no debe hacerse lugar al registro de la marca presentada.

El Poder Ejecutivo en 3 de octubre de 1908, resolvió evacuar la consulta declarando que la marca que la motivaba, en las condiciones en que había sido presentada, no podía ser objeto de registro.

MARCA DE COMERCIO

Guillermo Johnston. Marca «Pasta Johnston»

El señor Guillermo Johnston solicitó el registro de una marca denominada «Pasta Johnston», destinada á distinguir un específico para curar la sarna, que fabrican los señores Mac Dougall Hnos., de Londres y Manchester, y presenta la autorización de estos señores para registrarla aquí.

Esta Cámara produjo el informe que se transcribe á continuación:

Excmo. señor:

Verosíblemente, los señores Mac Dougall Hnos., fabricantes de específicos para curar la sarna, domiciliados en Inglaterra, preparan una clase de antiséptico para don Guillermo Johnston, quien ha querido distinguirla con su nombre, y de ahí que el producto se introduzca al país individualizado con la denominación de *Pasta Johnston*. No de otra manera puede explicarse el hecho de ser los propios fabricantes señores Mac Dougall Hnos. quienes autorizan al señor Johnston para que registre á nombre de éste dicha denominación.

Esa hipótesis, que la Cámara de Comercio se ve obligada á hacer ante la absoluta falta de datos y explicaciones de los apoderados del señor Johnston en sus petitorios, es tanto más fundada cuanto que consta en el

expediente agregado que los señores Mac Dougall Hnos., en su calidad de propietarios de la marca *Fluido Mac Dougall*, confirieron poder al señor Johnston para representarlos en Buenos Aires, lo que demostraría que aquellos señores comercian con el producto marcado con su nombre y fabrican el que se introduce por el señor Johnston con el nombre propio de éste.

Siendo esto así, la denominación «*Pasta Johnston*» no puede estar registrada como marca en Inglaterra y no habría objeto tampoco en que lo estuviera, desde que se trata de un producto destinado al consumo exterior que sólo hay interés en poner al amparo de la ley en el punto donde se encuentran los consumidores.

Considera, por consiguiente, esta Cámara, que no puede originarse perjuicio á tercero de la inscripción de la marca presentada y que, salvo el mejor parecer de V. E., podría ser registrada.

El Poder Ejecutivo, por resolución de fecha 19 de diciembre de 1908, de acuerdo con la Cámara de Comercio y con el señor Fiscal de Gobierno de 2.º turno, declaró procedente el registro de la marca «*Pasta Johnston*».

FALSIFICACIÓN DE MARCAS

Herrmann y C.^a, marca «Bilz», con Valencie y C.^a,
marca «Zig-Zag-Pilz»

El señor Juez de Instrucción de 1.º turno solicitó informe de la Cámara de Comercio en el juicio seguido por los señores Herrmann y C.^a contra los señores Valencie y C.^a sobre falsificación de marcas.

Esta corporación expidió el siguiente informe:

Señor Juez Letrado de Instrucción:

Estudiado por esta Cámara de Comercio el expediente caratulado *Herrmann y C.^a contra J. Valencie y C.^a*, que V. S. se ha servido remitirle para que emita su parecer sobre la cuestión de fondo que entraña, trataré de dilucidarla como mejor le sea posible, supliendo su falta de competencia, denunciada por el abogado del querellante, con la práctica que tiene de los asuntos sobre la propiedad industrial, por intervenir en ellos á diario, á pedido expreso de autoridades judiciales y administrativas del país.

I

Para esta Cámara el punto ventilado en dicho expediente es por demás sencillo, bastando con examinar los hechos alegados, para que aquél resulte claro y bien definido. Esos hechos son los siguientes:

1.º Que el querellante registró en marzo de 1906 como marca de fábrica y de comercio la denominación *Bilz* para distinguir cierta clase de bebidas (f. 3);

2.º Que don José Guasch solicitó el registro de la marca *Zig-Zag* para el mismo artículo. Consta, efectivamente, que presentó la solicitud en agosto de 1907, transcurrido la marca á la Compañía *Pilz* limitada, de Buenos Aires, en 11 de noviembre del mismo año y fué registrada el 28 del mismo mes (f. 28);

3.º Que según las pruebas presentadas por el querellante, se demuestra que los propietarios de la marca *Zig-Zag* agregaron á la etiqueta que la constituye estas especificaciones: *Compañía Pilz limitada, República Argentina, Buenos Aires*, que no constan en la marca registrada (f. 17); y

4.º Que importando esa agregación intencional una adulteración de la marca inscripta, verificada con el propósito fraudulento de desviar la clientela de la marca *Bilz*, existía uno de los delitos previstos en el artículo 29 de la Ley de Marcas y procedía el embargo de todo el material, accesorios y efectos de la fábrica *Zig-Zag Compañía Pilz limitada* y la condenación de esta Compañía a la pena establecida, con más las costas, costos, anulación de la marca y resarcimiento de perjuicios.

II

Lo último (número 4) encierra una cuestión de procedimiento sobre la cual no tiene esta Cámara que pronunciarse. Recordará, no obstante, que las disposiciones penales del artículo 29 de nuestra ley fueron tomadas de los artículos 7 y 8 de la ley francesa de 1857, prescindiéndose del artículo 17 de la misma, que autoriza las medidas previas de embargo. En Francia procede la acción correccional por todos los delitos previstos en dichos artículos (nuestro 29), porque, como lo dice la exposición de motivos de dicha ley, cuando la acción tiene por fin la penalidad, es del resorte de la policía correccional, conforme al derecho común.

La ley vigente argentina incorporó aquella disposición, permitiendo el embargo al entablarse la acción, y dispuso: que los delitos previstos en el artículo 48, que corresponden a nuestro 29, se sustanciarán con arreglo a los trámites ordenados por el Código de Procedimientos Criminales de la Nación. Antes de 1901, la Suprema Corte había resuelto invariablemente que dichos juicios eran de naturaleza esencialmente criminal. Después de aquella fecha, la Cámara Federal conoce en esos juicios y se siguen éstos de acuerdo con las prescripciones del juicio correccional, que permiten un procedimiento mucho más rápido que el criminal.

III

Concretando, por tanto, el caso a los otros hechos (1, 2 y 3) apuntados, cree esta Cámara que la cuestión que fluye de ellos no puede ser otra sino la siguiente:

¿Comete delito el propietario de una marca registrada que le agrega su nombre comercial, el que, por su aspecto general y por su asonancia con otro también registrado como marca, provoca la confusión de ambos?

¡Nadie ha demostrado con mayor claridad que no lo comete, que el propio dueño de la marca *Bilz*, el querellante en este asunto!

Querrellado a su vez en un juicio correccional que contra él siguió en Buenos Aires la sociedad *Pilz Limitada*, expuso en su defensa, entre otras alegaciones: « que la « sociedad *Bilz* nada ha falsificado, pues usa el nombre « bajo el cual ha sido reconocida como persona jurídica « por decreto del Poder Ejecutivo Nacional de 18 de septiembre de 1905; que el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad *Bilz* importa, en cuanto al « nombre, acordarle los mismos derechos que los de una « marca; que la razón social es una propiedad para los « efectos de la ley de marcas; que no hay necesidad de « registrar el nombre, salvo cuando forma parte de la « marca; que la *Bilz* tiene derecho de usar su nombre « mientras no se le quite su personería jurídica; que si « hay peligro de confusión entre la marca *Pilz* y el nombre *Bilz*, debe subsistir el que sea de fecha anterior, « etc., etc. » Sentencia de la Cámara Federal, *Revista Argentina, Patentes y Marcas*, número 7, año 1907.

La sociedad *Bilz* fué absuelta de la querrela por di-

cho fallo, en uno de cuyos fundamentos se consigna que ella tiene existencia legal anterior a la marca *Pilz*. Otro de los fundamentos es de estricta aplicación al presente caso; dice así: « Luego, la sociedad querellada no ha « consumado infracción contra la ley de marcas al usar « el nombre que el Gobierno le ha reconocido, del propio modo que el comerciante que ha obtenido una « marca semejante a otra anteriormente registrada, no « comete delito al emplearla en sus productos mientras « no haya sido anulada por sentencia irrevocable. »

La sociedad *Bilz* había deducido reconvenición por nulidad de la marca *Pilz*, y sobre ese punto declara la sentencia: que el Tribunal no se considera habilitado para pronunciarse sobre la nulidad « porque, el juicio por infracción a la ley de marcas tiene un procedimiento « pido especial (se refiere al del juicio correccional), mientras que el juicio por nulidad de marcas tiene la « plia tramitación del juicio ordinario civil. »

Las transcripciones que preceden ilustran suficientemente el punto para que sea necesario demostrar, con acopio de doctrina, que registrada la marca *Zig-Zag*, pudo su propietario, la sociedad *Pilz*, agregarle su nombre, sin incurrir en delito alguno de los previstos en el artículo 29 de nuestra ley. Esta solución ha de haberse impuesto al ánimo de V. S. al dictar su auto de f. 29, porque es la procedente, dada la naturaleza del asunto.

IV

Pero se alega por el propietario de la marca *Bilz* que esta palabra ha sido registrada como marca y nadie tiene el derecho de usar la misma u otra parecida que dé lugar a confusión con aquélla. Se alega igualmente que el nombre *Pilz* ha sido adquirido por cesión que de él hizo la persona que lo lleva a don José Guasch, para que éste lo registrase en Buenos Aires como marca, persiguiendo el propósito de concurrencia desleal, que, según se afirma, es el delito en que se funda la querrela (f. 22).

Pues bien: en ambos casos está excluida la acción correccional. En el primero, solamente puede gestionarse la nulidad de la marca concedida con menoscabo del derecho de propiedad, adquirido por quien anteriormente había registrado la otra marca, en vía ordinaria y con arreglo al procedimiento civil. En el segundo, ya se trate de concurrencia ilícita ó de concurrencia fraudulenta, la acción que corresponde es también la civil (Pouillet 678). « El comerciante,—dice Allard en su Tratado de la Concurrencia Desleal, número 309,—que se considere víctima de una concurrencia desleal, no tendría derecho, « para adquirir la prueba de ella, de proceder por vía de perquisición y de embargo de las mercaderías de su adversario. Ningún texto de ley autoriza semejante « medida, que habría de ser considerada como ilegal y « podría dar lugar contra el que la emplea a condena- « ción de daños y perjuicios. »

V

Esta Cámara no está habilitada, por falta de elementos de juicio, para apreciar si en el presente caso ha existido de parte del querrellado intención ó propósito de perjudicar al querellante. El hecho es que la coexistencia de la marca *Pilz* es, y tiene que ser, perjudicial al propietario de la marca *Bilz*, con la cual se confunde, y eso basta para la acción de concurrencia desleal, la cual debe fundarse siempre en la existencia de un perjuicio. En esa clase de juicios son aplicables diversos medios de represión, uno de los cuales es la clausura del establecimiento concurrente.

Dando por terminado este informe, le es grato á esta Cámara saludar á V. S. con su más distinguida consideración.

CRÓNICA

De la «Revista de los Tribunales».—Madrid

NATURALEZA DE LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS CUANDO SE TRATA DE HUECOS ABIERTOS EN PARED PROPIA.—ADQUISICIÓN DE LAS MISMAS POR PRESCRIPCIÓN DE VEINTE AÑOS, CONTADOS DESDE LA LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD DOMINICAL.

Con fecha 19 del pasado enero ha dictado la Sala de lo civil de la Audiencia de Valladolid, mediante la ponencia del Magistado don Edelmiro Trillo, una sentencia, que aunque ratifica doctrina sustentada ya con anterioridad por el Tribunal Supremo, no deja de tener importancia, tanto por los fundamentos que consigna, cuanto por tratarse de un aspecto del derecho civil, profundamente discutido por los juristas.

Dice así el fallo de la Audiencia:

«Considerando que la cuestión planteada en ese litigio requiere, para su más acertada resolución, el examen crítico legal de la misma, en sus dos aspectos de hecho y de derecho que la integran;

«Considerando que la propiedad de las dos respectivas casas del actor y del demandado se halla mutuamente reconocida por aquéllos, así como también que la pared en que existen abiertos los dos huecos que motivan el pleito, no reviste la condición de medianería, sino que es de la privativa pertenencia del demandado don F. G.;

«Considerando que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 537 del Código Civil, las servidumbres continuas y aparentes, entre las que se comprenden la de luces y vistas, se adquieren en virtud de título ó por la prescripción de veinte años, siendo inherentes á tales servidumbres las salidas de negativas, siempre que se trata de huecos abiertos en pared propia, á los efectos de que la prescripción, en ese caso, comienza á correr desde algún hecho obstructivo realizado por el dueño del predio dominante que venga á imponer al del predio sirviente la limitación concreta de su libertad dominical en lo que á la servidumbre se refiere, doctrina anteriormente establecida en la Ley 15, título XXXI de la partida 3.ª, reiterada por nuestro Código en la última parte de su artículo 538 y sancionada por una luminosa jurisprudencia, entre otros varios fallos de casación, con especialidad, en los de 8 de febrero de 1899, 16 de junio de 1902 y 9 de febrero de 1903;

«Considerando que la excepcional índole de la acción negatoria de servidumbre releva al que la ejercita de formular prueba alguna, ya que ésta incumbe al que impugna la natural libertad de la propiedad, y que apreciados en conjunto con severo criterio dialéctico los elementos probatorios suministrados en el juicio, se evidencia desde luego que el demandado don F. G. no ha logrado acreditar en forma la constitución y adquisición de las servidumbres que se litigan, ni por título, ni por prescripción, porque un gravamen de tal alcance jurídico no habrá de estimarse constituido y adquirido por la sola declaración de dos testigos, que se limitan á referir una conversación habida entre ellos y el actor, al trabajar

esos testigos por orden del señor V. en la pared en que los huecos existen, estando don F. G. asomado á una bohardilla de su casa sin hallarse presencial siquiera el demandado, y que por su contexto parece más bien que viene á corroborar la tolerancia otorgada por el actor á la permanencia de dos de los huecos, siempre que se cerrase el tercero, debiendo asimismo tenerse muy en cuenta que para casos como el que se trata, establece el artículo 1248 del Código una prudente y previsora regla de criterio, al prevenir que se evite con la prueba testimonial por la simple coincidencia de algunos testimonios, salvo la circunstancia de una evidente veracidad, resolver aquellas cuestiones en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba escrita;

«Considerando que para la finalidad de este juicio resulta indiferente que los huecos existieran abiertos en una ó otra forma desde hace más ó menos años, mientras no se justifique que su existencia implica la constitución y adquisición del gravamen impuesto al predio ajeno en favor del propio, por cualquiera de los medios que la ley establece y no actos meramente tolerados por el demandante don F. G.;

«Considerando que procede en su virtud estimar la demanda que rige este pleito en lo que se contrae á declarar que la casa del actor no debe á la del demandado la servidumbre de luces y vistas de que se trata, y que en su consecuencia viene obligado el don F. V. á reducir los huecos de la pared de su citada casa, que se eleva sobre el tejado de la de don F. G., dándole las dimensiones y formas prevenidas en el párrafo 1.º del artículo 581 del Código Civil, en relación con el 852 del mismo cuerpo legal.»

USURPACIÓN DE MARCA COMERCIAL

La Sección cuarta de la Audiencia de Madrid, mediante la ponencia del Magistrado señor Mifsut, ha dictado en la pasada semana sentencia en la causa seguida contra un comerciante procesado por un delito de usurpación de marca comercial.

La utilidad é importancia que supone el conocimiento de la doctrina mantenida por la Sección referida, nos ha decidido á publicar íntegro el fallo sentado.

En él se establece:

«1.º Que tanto con arreglo á los Reales decretos de 20 de Noviembre de 1850 y 1.º de Septiembre de 1888, como á la Ley de Propiedad industrial de 16 de Mayo de 1902 en su artículo 134, para que pueda apreciarse la comisión del delito de usurpación de marca comercial es indispensable que, con el fin de perjudicar los derechos é intereses de su legítimo poseedor, se falsifique ó ejecute la marca registrada ó otra que con ella se confunda; precepto en armonía con el 21 de dicha Ley al definir lo que es marca, y en el presente procedimiento y atendidos los hechos declarados probados, desde el momento en que el acusado venía desde Marzo de 1894 usando debidamente el lema y escudo de la asociación de la C. R. y la marca concedida al querellante lo fué en Junio de 1899, así como no consta tampoco que en los productos fabricados por el querellante aparezca la C. R. y si sólo en los que vende procedentes del extranjero, sin otro distintivo, es evidente falta el primero y principal elemento de fabricarse ó usarse la marca, con el fin de perjudicar los derechos é intereses del querellante, usándose con anterioridad la que es objeto de la querrela.

2.º A mayor abundamiento, basta fijarse en el escudo

y leyenda puesta en su tienda por el querellado y compararla con la marca concedida al querellante, para comprender que no pueden confundirse los unos y la otra, y por ello no cabe apreciar concurra el elemento de procurar su confusión entre ambas marcas, falsificándolas ó usándolas, imitando la concedida á los fines expresados, no existiendo méritos para declarar la existencia del delito calificado.

3.º Que desde el momento en que por el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral retiró su acusación el Ministerio fiscal, por haberse desvanecido los cargos que existían contra el procesado, es evidente ha obrado con manifiesta temeridad y mala fe el acusador privado, y por ello debe ser responsable de las costas causadas á partir desde ese momento.»

En virtud de esta doctrina, fué absuelto el querellado.

Contrato de edición, suscripción y representación⁽¹⁾

Edición.—El autor de una obra científica, literaria ó artística, á quien todas las legislaciones de los pueblos civilizados reconocen la propiedad de su obra, realiza esta propiedad en primer término mediante la publicación ó reproducción de lo que su inteligencia ó su fantasía ha concebido. Al efecto, hace de la obra científica ó literaria muchos ejemplares; valiéndose de la imprenta, produce más de un ejemplar de la obra artística, ó reproduce esta misma obra por medio del grabado ú otro medio mecánico cualquiera. El conjunto de los ejemplares reproducidos simultáneamente es lo que se llama una edición, y las reproducciones sucesivas, formando otros conjuntos de ejemplares, toman el nombre de segunda, tercera, cuarta edición, etc.

Cuando el autor hace la reproducción por sí mismo ó á su costa, se dice que él es su propio editor, y entonces conserva sobre la obra la plenitud de su derecho de propiedad. Pero puede enajenar este derecho en absoluto (venta de la propiedad), y puede tan sólo desprenderse del derecho de reproducción de la obra, ó sea de hacer edición ó ediciones de ella, y esto último forma el objeto del contrato de edición.

Ni nuestro Código Civil, ni el de Comercio, ni la ley sobre propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 y Reglamento de 8 de septiembre de 1880, se ocupan de este contrato; por el contrario, tratan de él específicamente algunas legislaciones extranjeras, cuyos preceptos consignamos á continuación.

Este contrato está reglamentado en Austria por el Código Civil de 1811 (artículos 1164 á 1171); en Hungría, por el Código de Comercio de 1875 (artículos 515 á 533); en Suiza, por el Código Federal de las Obligaciones de 1882 (artículos 372 á 392). Una ley alemana de 11 de junio de 1870 determinó el derecho de autor sobre las obras literarias y musicales, convirtiéndose tales preceptos en ley del Imperio Alemán en 16 de abril de 1871. Pero el contrato de edición (*Verlagsvertrag*) no había sido objeto de disposiciones sino en los Estados particulares; en Prusia, por el Código General de 1874; en Baden, por el Código Civil; en Sajonia, por el Código sajón. El Código Civil alemán, en vigor desde 1.º de enero de 1900, no tocó esta materia; pero ya en 8 de

diciembre de 1900 había sido depositado en el Reichstag un proyecto especial, el cual fué sancionado como ley el 19 de junio de 1901, y está vigente desde 1.º de enero de 1902.

LEOPOLDO GONZÁLEZ REVILLA.

(Continuará.)

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 14.—AÑO XV

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO, por el doctor José Irureta Goyena, pág. 209.

JURISPRUDENCIA:

No es necesaria la inscripción en el Registro del Estado Civil del reconocimiento de hijos naturales hecho por el padre, para que la madre pueda ejercer la patria potestad sobre sus hijos naturales y asumir el carácter de administradora legal de sus bienes, pág. 213.

— Cuando el actor detiene los procedimientos en un juicio, no cumpliendo con el requisito de la conciliación ordenado por el Juez, corresponde al demandado, si quiere que se siga adelante el juicio, el citar al actor al juicio de conciliación. — No puede sostenerse que en este caso exista deserción del juicio por parte del actor, pág. 214.

— Es competente para entender en la declaratoria de pobreza el Juez Letrado de Instrucción de turno, cuando esa declaratoria se solicita antes de iniciarse la instrucción de un sumario y con el fin de entablar un juicio por injurias, de acuerdo con el artículo 2 de la ley de 27 de mayo de 1896 y los artículos 1283 y 748 del Código de Procedimiento Civil, pág. 216.

— Es procedente el embargo de una propiedad raíz para responder á las restituciones á que dé lugar el juicio por difamación, aunque el sumario no se halle terminado todavía, siempre que exista semiplena prueba del delito imputado, pág. 219.

SOBRE MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO:

Sobre el mejor derecho al registro de marcas: Curt Berger y C.ª con Coates y C.ª, marca «Continental», pág. 219.

Clemente Martín Vilalbach con Viuda de F. Bech, marca «Jaramago V.ª», pág. 219.

Marca para distinguir una publicación periódica: Francisco Schmidt, marca «Chic Parisien», pág. 220.

Barclay y C.ª, marca «18 de Julio», pág. 220.

Marca de comercio: Guillermo Johnston Marca «Pasta Johnston», pág. 221.

Falsificación de marcas: Herrmann y C.ª, marca «Bilz», con Valencia y C.ª, marca «Zig-Zag-Pilz», pág. 221.

CRÓNICA:

Naturaleza de las servidumbres de luces y vistas cuando se trata de huecos abiertos en pared propia.

Adquisición de las mismas por prescripción de veinte años, contados desde la limitación de la libertad dominical, pág. 223.

Usurpación de marca comercial, pág. 223.

CONTRATOS DE EDICIÓN, SUSCRIPCIÓN Y REPRESENTACIÓN, por el doctor Leopoldo González Revilla, pág. 224.

(1) De la «Revista de los Tribunales» (Madrid).

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arocas Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scrapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Graué, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A.
(Rio de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tio, Dalmiro.
» Vazza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isafas.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE ABRIL DE 1909

NUMERO 15

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario ⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

(Continuación)

Otra ventaja notable de este sistema es la de que es muy propicio á la acción del patronato. Una gran verdad reciente de la ciencia penitenciaria, es que el penado no debe quedar librado á sí mismo, á la salida de la prisión. Es en ese momento cuando más necesita el sano apoyo moral de los hombres de bien. La estadía en la cárcel aumenta objetivamente y subjetivamente las dificultades de vivir con honestidad. Por una parte el acceso á los talleres, la autosustentación por el trabajo es más difícil, y por otra, la capacidad de resistencia moral se halla disminuida en el sujeto, por la influencia del primer delito. Si en tales condiciones la sociedad no les tiende los brazos para incorporarlos de nuevo á su seno, la reincidencia en el crimen es casi una fatalidad.

(1) Ver números 13 y 14, año corriente.

Esa es la noble misión reservada á las sociedades de patronato. Ahora bien: poco ó nada es dado esperar de esta genial institución si su acción no está favorecida por el régimen celular. La obra del patronato debe empezar en el recinto mismo de la cárcel, antes de ser puesto en libertad el penado, lo cual es imposible sin la cooperación de la celda. Es necesario, decimos, que el patronato empiece en la prisión, aún cuando genuinamente esté destinado á amparar á los que salen de ella, y nada parece, á la verdad, más evidente. La protección que éste dispensa debe ser aceptada buenamente por el penado: la índole del patronato es filantrópica, y la caridad no se impone activa ni pasivamente: el carácter coercitivo le haría perder, por otro, lado toda eficacia moral. El medio de que aquél lo acepte es la constancia del ofrecimiento. Un rasgo saliente del criminal es la desconfianza, otro, es su carencia relativa ó absoluta de sentimientos humanitarios: la unión de ambas tendencias hace que su espíritu difícilmente preste crédito á un apoyo moral que se le ofrece *ex abrupto*. Esto no quiere decir, como se comprende, que el criminal rechace los auxilios materiales que se le brindan; no: si le dan dinero lo guarda, sin escrúpulos, puesto que en eso no hay perjuicio. Son los auxilios morales, esa especie de tutela en que queda colocado respecto del patronato, lo que le cuesta tolerar, si con tiempo no han sabido disparse las ingénnitas reservas de su espíritu.

Pero suponed que el miembro del patronato, que lo va á recibir á su salida de la cárcel, sea aquel mismo que lo ha visitado cada pocos días, durante varios años, en su reclusión, que lo ha consolado en sus momentos de angustia, que le ha llevado noticias de su familia y se ha interesado por ella, que le ha hecho nacer la esperanza de una vida honorable y tranquila, pasada en las halagüeñas distracciones del trabajo, cuando más sumergido que nunca se creía quizá en las profundidades del vicio, que ha intervenido en todas sus alegrías y desdichas y ha coronado finalmente sus atenciones jugando un rol activo en las gestiones de su liberación, y veréis disiparse como por encanto, á menos de tratarse de un recalci-trante, todas las resistencias que se oponen á aquella filantrópica tutela.

Se comprende que esta intimidad entre el preso y su protector, es absolutamente imposible sin la celda. Esta no sólo lo hace más asequible á las influencias de la exhortación moral, sino que también impide que los más perversos trastornen la obra del consejero. En las cárceles comunes toda réplica moral es imposible: en ellas pontifican los malvados, y su autoridad desvirtúa cualquier propaganda, que no sea la del vicio. Hasta los religiosos manifiestan cierta morosidad en llegar á ellos, abatidos de antemano por la presunción del fracaso. El abate Faivre decía en 1873, delante de la Comisión de *enquête* penitenciaria: *la obra de los capellanes es bien ingrata en las prisiones comunes*. En otros términos, ese mismo pensamiento ha sido expresado por el vizconde D'Ausonville en su informe á la Asamblea Nacional. Dice: «Estrechados entre el cinismo de los unos, y la hipocresía de los otros, los capellanes se sienten, bien «á menudo, descorazonados de una tarea en la que rara «vez perciben los resultados.» Y sin embargo, estos son hombres en su mayoría acorazados contra los desencantos de la propaganda: puede imaginarse qué les sucedería á los miembros del patronato. Ocurre pensar que la obra del patronato puede desarrollarse en la celda, sin necesidad de admitir la continuidad de ésta. No es bastante. Los primaces del vicio, destruyen en los patios lo que ha logrado hacerse en el silencio de la celda. Rara vez ignoran estas visitas, y su carácter íntimo y personal es un aliciente más á las mordacidades de la burla.

No hay soluciones intermedias. El patronato y la comunidad parcial ó total son incompatibles; si se quiere salvar aquella institución es preciso abandonar definitivamente la comunidad; si se quiere mantener este régimen, es necesario renunciar de una vez al patronato. En fin de cuentas, es mejor abandonarlo que desacreditarlo injustamente, asociando su suerte á la de instituciones fracasadas. Ya decía en 1872 un hombre de la competencia de Mr. Bournat: *«Faire du patronage sans la cellule, c'est compromettre l'institution»*. No tenemos nada más que agregar á estas palabras.

Otra ventaja del sistema celular que debe sumarse á las precedentemente enumeradas, es la de su mayor eficacia represiva. Sobre este punto no hay divergencia de pareceres: que sepamos, sólo Mr. Leveillé, el más formidable y quizá el único enemigo que tiene el régimen celular en Francia, se ha atrevido resultantemente á negarlo. La celda oprime y espanta. Nadie se aviene fácilmente con la soledad, y mucho menos, los que no conocen la vida interna del pensamiento, en cuyo caso se encuentran la mayoría de los que cometen delitos. Rousseau podía envidiar el reposo de los reclusos en la Magdeleine, pero, ¿cuántos Rousseau figuran entre los habituales residentes de las cárceles? La libertad y la so-

ciabilidad son de los sentimientos más profundamente arraigados en el corazón del hombre: la celda suprime la primera y reduce á su más pequeña expresión á la última. La dureza de este régimen aparece, sobre todo, si se le compara con la relativa suavidad de la prisión común, donde el penado encuentra á la vez patios espaciosos donde ejercitar la actividad de sus miembros, y la más hermosa compañía que haya podido concebir la imaginación de un malvado.

La experiencia confirma, por otra parte, de una manera irrefragable estas deducciones. Si hemos de creer lo que dicen los autores, los delinquentes avisados eligen las circunscripciones donde no existen prisiones celulares, como teatro habitual de sus fechorías. En 1884, el director de la casa central de Loos, constataba en la cárcel la presencia de un buen número de penados belgas que para escapar á los rigores del régimen celular establecido en su país, habían ido á hacerse prender á Francia.

El director de la jurisdicción penitenciaria D'Angers —leemos en la excelente obra de Mr. Astor *«Essais sur l'imprisonnement cellulaire»*—hace también notar que después de la reforma implantada en esta ciudad, los delinquentes habituales habían buscado otras regiones para escenario de sus tristes hazañas. Podríamos multiplicar al infinito las citas de esta índole, si no fueran suficientes las mencionadas para llenar el objeto que nos proponemos.

Hemos dicho que el régimen celular es más represivo, y podíamos haber agregado que es á la vez más suave y humanitario. ¿Cómo se resuelve esta aparente antinomia? Fácilmente. La moralidad de los delinquentes no es uniforme; los hay más depravados unos que otros; el crimen es un accidente en la vida de unos, un fenómeno natural en la existencia de otros. Es evidente que los últimos requieren un género de pena mucho más riguroso que los primeros. Sin embargo, muy rara vez este principio es susceptible de aplicación. La única diferencia que se establece entre ellos, del punto de vista represivo, es de duración y no de calidad. Si hubiese un *specimen* de pena, que fuese simultáneamente más rigurosa con los malos y más benigna con los buenos, nadie vacilaría en sostener que esa pena entraña el desiderátum de la represión. Pues bien: eso ocurre, según parece, con la prisión celular. Esta forma de reclusión tiene la imponderable ventaja de ser diversamente sentida por el penado, según su mayor ó menor grado de vinculación con el vicio. Los directores de cárceles parecen conformes en este punto. La celda constituye un verdadero tormento para los delinquentes de prosapia, y es un ansiado refugio para los que han sido víctimas de una ofuscación momentánea del espíritu. Aquellos la evitan por todos los medios, éstos la solicitan como un favor. Bien mirado, nada tiene de extraño este fenómeno: si no lo enseñase la experiencia, lo gritaría la conciencia de cada cual; la pena más intolerable que puede infligirsele á un hombre que conserva después de una caída cierto grado de respeto por sí mismo, es la compañía de un malvado. Basta acaso esta reflexión para justificar las siguientes palabras que extractamos del libro de Mr. Guillot *«Les prisons de Paris»*, y en las que puede leerse por otra parte la sustancia de un pensamiento común á todos los escritores criminalistas: «El detenido inocente se felicita de estar solo; el malhechor sufre mucho con el aislamiento; así, cuando el juez oye á un prevenido reclamar la celda doble, puede estar casi seguro que tiene un culpable delante de sí: el *tête à tête* con los remordimientos es una tortura que la ma-

por parte de los criminales no pueden soportar. Sin embargo, entre los culpables se encuentran á menudo algunos que no están profundamente gangrenados, que han conservado cierto respeto de sí mismos: para estos y para aquellos otros que con injustamente sospechados, la celda es un beneficio, y aún en medio de los sufrimientos y de los pensamientos dolorosos que los asedian, son menos desgraciados que si les fuese necesario sufrir el contacto de gentes cínicas y groseras».

Otra condición favorable del régimen celular, aunque de mucha menor importancia sin duda que las anteriores, es la de reducir considerablemente los castigos disciplinarios. Este es un hecho bien probado. En las cárceles celulares son muy raras las contravenciones; el orden es infinito, todo marcha regularmente, como una máquina. No puede decirse lo mismo de las prisiones comunes ó mixtas: los castigos en ellas son frecuentes y promovidos muchas veces por faltas insignificantes, cuya aplicación desmoraliza al penado, pero que el orden de la cárcel exige reprimir inexorablemente, cuando no son motivadas por faltas del guardián, que debe purgar el penado. No es, por cierto, uno de los defectos de menor cuantía, del régimen común, aquel por el cual se convierte al guardián en espía del penado, en vez de ser su acompañante, su amigo y su instructor, como en el sistema celular.

Se objeta que el recluso no comete faltas bajo este régimen, porque le faltan ocasiones de ejercer su voluntad. Y bien; eso no se discute, está fuera de toda duda racional; pero ¿no es una ventaja igualmente incontrovertible que el penado no sufra castigos ni por sus faltas propias ni por las faltas ajenas? El castigo en el orden jurídico, como en el doméstico, como en el social, es sólo una dolorosa necesidad. Hay dos medios de evitar su aplicación: el primero consiste en obrar bien, el otro en orillar las ocasiones de hacer mal; á falta de aquél, éste es relativamente bueno. El castigo siempre degrada poco ó mucho. La ciencia penal misma tiende cada día á hacerse más y más preventiva. ¿Y no existe, por otra parte, una pléyade de escritores, de Girardin á Tolstoy, que en su aversión por el castigo, llegan á negar categóricamente la pena? Suprimáse lo que de exagerado tienen ambas tesis, y siempre resultará cierto que así dentro como fuera de la cárcel, es mejor prevenir el castigo que castigar. Debe, pues, con razón, hacerse figurar esta circunstancia en el Haber del sistema celular. Los enemigos de este sistema esgrimen invariablemente contra él dos argumentos que debemos examinar en este momento. El primero consiste en la imposibilidad de organizar el trabajo, y el otro, en que bajo ese régimen, el porcentaje carcelario de locura y suicidios experimenta un ascenso considerable.

Empecemos por aquél. Es cierto que hay cierta clase de trabajos que se verifican mejor y con mayor economía de tiempo y de dinero, bajo una organización colectiva; es indudable también que existen industrias cuya índole es incompatible con el fraccionamiento de esfuerzos y tareas que requiere la celda; es, finalmente, verdad que este régimen limita en cierto grado el rol que las máquinas juegan en las industrias modernas, con gran provecho de la sociedad. Todo eso es innegable, pero no por eso hemos de proclamar su condena. En primer término, la economía en la producción, que es una apoteosis de la industria libre, no tiene el mismo carácter en la industria carcelaria. El fin primordial del trabajo en las prisiones celulares, no es producir mucho, bien y á bajo precio, según la consabida fórmula económica, sino el de educar, reformar y consolar. Se

enseña una profesión al que no la tiene, se inculcan hábitos de trabajo al inerte, y se procura á todos, con la tensión muscular y psicológica del trabajo, la válvula de escape más eficiente que se conoce para contrarrestar las altas presiones del dolor humano.

Tampoco es necesario que la prisión reproduzca en pequeño, todo el cuadro industrial del país ó del mundo, es decir, que practique todos y cada uno de los géneros de trabajo en que se divide la actividad del hombre. Puede, pues, excluirse de ella, sin inconveniente alguno, aquellas industrias que imperativamente requieren la concentración del esfuerzo en talleres comunes. Esto no quiere decir, como se comprende, que las cárceles no deben producir barato, ó que deben circunscribirse á practicar dos ó tres industrias solamente; no; lo primero mataría la demanda, lo segundo exaltaría los inconvenientes de la concurrencia industrial carcelaria; lo que debe en buena lógica entenderse, es que á nombre de un fin secundario como es la economía y la perfección de un producto, no debe excluirse un sistema que tiene otros fines primordiales, como son la educación y la reforma del penado, y á título de no ser posibles en ese sistema todas las industrias, se le condene, como si no permitiera la enseñanza de ninguna.

Falta agregar que existen ventajas en favor del trabajo celular que compensan con exceso los inconvenientes de detalle que hayan podido quedar subsistentes después de las consideraciones que anteceden. En la celda, en efecto, se despliega más actividad y mayor ingenio; el trabajo es un placer en ella y la reflexión una necesidad. No hay inercia que resista al formidable ímpetu de la celda. Hay virtudes, en cambio, que sólo en ella parecen deberle su existencia. La contracción del esfuerzo es una de ellas. Se refieren á este respecto cosas maravillosas. Hemos leído que un penado, en algunos años aprendió el inglés que ignoraba totalmente, leyendo y relejando una Biblia escrita en ese idioma. Podríamos llenar un libro con citas análogas. Los inspectores de la penitenciaría de Cherry Hill, decían hace ya algunos años en un notable informe: que «la aptitud industrial de los prisioneros celulares, es tal, que en general es inútil fijarles una tarea; la soledad se muestra en esto tan buena institutriz que muy poco tiempo basta para aprender un oficio. Observaciones más modernas confirman tal aseveración. En la prisión de Louvain y en el *quartier* celular de Gand, he visto, dice el eximio Joly, hombres de apariencia grosera, antiguos zapateros, viejos mineros, muy ignorantes antes de su ingreso á la cárcel, y que por su solo esfuerzo habían llegado á ser artistas y casi sabios.»

Sería raro que con tales disposiciones de espíritu para el trabajo, la producción no fuera mayor bajo el régimen celular que bajo cualquier otro régimen.

He aquí otro hecho que parece perfectamente constatado. Mr. de Bries, ministro holandés, lo aseguraba hace algunos años en un informe oficial hecho á base de datos estadísticos (Transcribimos lo más sustancial de sus palabras): «El producto del trabajo ha sido mucho más elevado bajo el régimen celular que bajo el régimen en común; que se atribuya ese resultado, sea al celo de los obreros, sea á un trabajo más útil y lucrativo y por consiguiente más estimulante y más útil, la comparación es toda en ventaja del régimen celular». Podríamos abundar en el mismo sentido citando otras opiniones concordantes de directores ó inspectores de cárceles, de gente que ha vivido en contacto inmediato con los penados. No lo juzgamos necesario. *A priori* resulta evidente ese hecho. La

inercia de los holgazanes, es una forma improductiva de actividad; al fin el vago piensa y obra á su modo; la letargia absolutamente estática de los animales hibernantes, es extraña al hombre; ponéle un dique á esa actividad morbosa impidiéndole hacer y pensar lo que antes hacía y pensaba, y la fuerza latente de su espíritu y de sus músculos surgirá bajo la forma productiva y social. ¡Quién sabe si la afirmación de Montaigne, aludiendo al ocio aparente de sus abstracciones filosóficas «no hay mayor actividad que la de no hacer nada», no es parcialmente aplicable á la inacción de los vagos!

Examinemos la otra objeción, de carácter mucho más grave: nos referimos á los casos de locura y de suicidio en las cárceles celulares. Este argumento tuvo en su época una resonancia infinita. No pudo inventarse un medio más eficaz de acabar con la celda, que el de hacer creer que torturaba al penado y ofendía su razón. Era, efectivamente, una de esas ideas que por su perfecta armonía con el espíritu de la época en que aparecen, tienen la ventaja de suscitar instantáneamente un movimiento emotivo correspondiente. Su crédito es menor en nuestros días, si es que le resta alguno. La evidencia de los hechos ha puesto en claro la falsedad de aquella imputación.

La etiología de esa acusación en Francia es eminentemente política. Apareció por primera vez en un informe del doctor Pietrasanta sobre régimen celular, una vez exteriorizados los deplorables efectos de la célebre circular del ministro Persigny en 1853, por la cual se sustituyó aquel sistema de reclusión por el absurdo y vicioso de la clasificación en categorías. Era preciso justificar tan deplorable medida, y en ese sentido nada más eficaz que culpar á la celda de afectar hondamente el equilibrio mental del penado. Después se ha continuado repitiendo con igual sinrazón, aunque con mayor sinceridad y buena fe. Hoy casi puede decirse que esta inculpación no preocupa seriamente á nadie. Insertamos algunos datos estadísticos y opiniones autorizadas en apoyo de nuestra tesis. En la Santé, prisión francesa hoy abandonada, y en la cual se practicaba á la vez el régimen celular y el mixto de Auburn, en un período de seis años, del 68 al 73, hubo cinco casos más de locura bajo el primer régimen que bajo el segundo, y sólo dos suicidios más. El mismo resultado se ha obtenido en Bélgica en las *enquêtes* allí practicadas con ese objeto: en Louvain, prisión celular, hubo menos enajenaciones y suicidios que en Gand, prisión mixta. Volviendo los ojos á investigaciones más recientes, los datos no varían. En la cárcel celular de Lisboa, desde su fundación en 1885 hasta el año de 1896, según datos que hemos recogido en un artículo de Mr. Rivière en la «Revue Penitentiaire», sólo hubo 37 casos de locura y 15 de suicidios, sobre un total de 1,872 detenidos, es decir 19 % y 08 %, respectivamente. Este porcentaje, tratándose de la población carcelaria, es normal por razones que expondremos más adelante. Veamos en España. Los resultados son allí mucho más significativos. Según Mr. Delincourt, abogado de la Corte de París, en la «Cárcel Modelos», respecto de la cual ha verificado una *enquête* personal, contando los epilépticos sólo existe un caso de insania por 525 reclusos. Esta observación data de sólo cinco años atrás.

El doctor Baer, médico interno de la prisión alemana de Plötzensee, en un estudio reciente, constataba que los casos de locura eran algo más frecuentes en las prisiones celulares que en las comunes de ese país; pero al interpretar las causas de esa diferencia, las refería exclusivamente á la mayor facilidad con que se notan y descubren bajo el primer régimen.

Más conocida que el anterior trabajo, es la investigación llevada á cabo en las prisiones belgas, por el doctor Voisin, cuyos resultados sometió al examen de la Academia de Medicina de París. La Academia votó entonces, entre otras conclusiones, la siguiente: «Que según los datos recogidos por el doctor Voisin en Bélgica, el régimen celular, aun prolongado, no agrava, cuando es bien aplicado, la situación siempre deplorable de los detenidos».

Fáltanos agregar para completar esta demostración, que podríamos ampliar indefinidamente, la resolución adoptada por *unanimidad de votos* en el último Congreso internacional penitenciario de Bruselas en 1900, sintetizada en las siguientes palabras: «Resultado de la experiencia hecha en Bélgica, que la reclusión celular prolongada durante diez años ó más tiempo, mediante la previa ó sucesiva eliminación de ciertos elementos, no ejerce sobre la salud física ó mental de los detenidos, un efecto más perjudicial que toda otra forma de prisión». Bélgica es el país donde más francamente se ha hecho la aplicación de este sistema; en la actualidad, si nuestra memoria no nos es infiel, ese es el régimen implantado en veintinueve de sus mejores cárceles.

Pero existe otra experiencia que es quizá más sugestiva: la de Holanda. Tres veces ha variado la legislación penitenciaria en ese país desde 1851, y siempre ha sido para hacer nuevas concesiones al régimen celular. Primeramente, á título de ensayo se instituyó la celda por sólo seis meses; tres años después se prorrogó á un año; diez y siete años más tarde á tres años; y por último, en el Código Penal de 1881 quedó fijado el período celular en cinco años.

Esta notable cuestión penitenciaria fué objeto el año pasado de un estudio especial por parte de la Sociedad de Jurisconsultos holandeses. No podemos dejar de insertar aquí lo más pertinente al caso, de las conclusiones á que llegaron sus miembros: «IV. El máximo de cinco años de duración de la reclusión no debe ser reducido.—V. La pena de reclusión celular, sobre todo si se trata de penas de larga duración, es inofensiva en este sentido: que las penas, aún conservando la separación individual, no se sufran en un aislamiento completo y absoluto, con exclusión de todo aquello que podría poner al penado en relación con el mundo exterior (cartas, visitas, periódicos, libros, flores, etc.)».

Francia observa parcialmente el mismo sistema. Las condenas menores de un año y un día deben sufrirse en celda; las superiores á este tiempo pueden experimentarlas bajo uno ú otro régimen, á elección del penado.

En Portugal todas las penas privativas de libertad, incluso la prisión correccional, son celulares.

Suecia, Noruega, España, Alemania, Italia, con limitaciones más ó menos recelosas sobre la duración del período celular, han entrado también de lleno en las vías de esta gran reforma penitenciaria. En casi todos estos países existe una disposición por la cual el régimen celular deja de aplicarse á los penados cuya salud ó inteligencia puedan resentirse por su influencia, á juicio del médico.

El sistema del Uruguay no es uniforme. La pena privativa de libertad, repitiendo lo que creemos haber dicho en otro punto de esta misma disertación, se divide en pena de reclusión, de prisión correccional y de prisión menor. El régimen celular ha sido adoptado respecto de la primera y el de la comunidad á propósito de las dos últimas. En la cárcel de mujeres, que es á la vez preventiva, correccional y penitenciaria, se observan los dos sistemas.

Dediquemos unos instantes al examen de aquél. Está expuesto en el Código Penal y en el Reglamento interno de la Penitenciaría. Es en rigor un sistema *sui generis*, tiene algo del sistema de Auburn, pero se parece mucho más al irlandés. Del primero tiene la reclusión celular durante la noche, y el trabajo en común bajo la regla del silencio durante el día; del segundo el período inicial en la celda, la división en categorías, y la libertad provisional. Un régimen muy semejante se sigue en la prisión inglesa de Holloway. Transcribimos las disposiciones legales relativas á su organización: «La pena de penitenciaría consta de dos períodos sucesivos y se cumplirá de la manera siguiente: En el primer período los condenados sufrirán reclusión celular individual y continua durante un término mínimo de quince días y máximo de seis meses, que fijará la sentencia judicial. En el segundo período sufrirán también reclusión individual durante la hora destinada al sueño y al alimento, reuniéndose durante el día por clases separadas, para la instrucción y el trabajo bajo la regla del silencio (artículo 91 del Código Penal). La pena de penitenciaría sujeta al reo á los trabajos de oficio ó industria que establezca el respectivo reglamento, la que se practicará dentro del establecimiento penal (artículo 39 del Código Penal). Los condenados á penitenciaría por más de cuatro años, que hayan dado prueba cierta de buena conducta ó corrección moral, durante la mitad del tiempo de la condena, podrán optar, cumplidas que sean las tres cuartas partes de ésta, á la libertad condicional, revocable por el resto de la misma. El otorgamiento de la libertad condicional revocable corresponderá á la Alta Corte, ó en su defecto al Superior Tribunal de Justicia en Sala Plena, decretándolo por unanimidad de votos y después de oídos los informes del Director del establecimiento penal respectivo y el dictamen del Ministerio público (artículo 93 del Código Penal). La pena de penitenciaría durará de dos á treinta años (inciso 1.º artículo 36 del Código Penal).

Este sistema fué adoptado por la Comisión de Código Penal, en noviembre de 1882, á raíz de un luminoso informe del doctor García Lagos, miembro de ella.

Como se ve, es bien distinto del sistema que hemos amparado en el presente trabajo. Teóricamente es susceptible de todas las críticas que contra el régimen de Auburn hemos formulado. Sin embargo, no podemos menos que celebrar el dictamen de la honorable Comisión, al preferirlo á los otros. El sistema belga, no puede funcionar con éxito sin la cooperación del patronato, y en aquel entonces no existía esta institución en el Uruguay, ni podía pensarse discretamente en su próxima fundación. Otra consideración de orden local, justifica además la mencionada preferencia. La comunidad de los sistemas auburniano ó irlandés, es profundamente funesta donde existe la criminalidad endémica habitual; donde abundan los *chevaux de retour*, como se les llama á los reincidentes en el argot de las cárceles francesas. En estas sociedades la cárcel es el lugar donde la delincuencia adquiere carácter corporativo; los malhechores más ignorados entre sí, cambian allí sus primeras miradas de inteligencia, su primera palabra de amistad, se conocen y se asocian. Nuestra criminalidad no tiene ese carácter; los malhechores se suceden los unos á los otros, en la ruta del delito; pocos son los que inscriben su nombre dos veces en la historia infamante del crimen. Permitásenos consagrar esta afirmación con algunos datos estadísticos.

Los hemos tomado en parte del «Anuario Estadístico» y en parte de unos libros especiales que se llevan en la

Alcaldía de la Jefatura Política. El total de delinquentes ha sido extraído del Anuario y el número de reincidentes de los libros mencionados. Expongamos brevemente la primer operación, pues requiere algunas explicaciones. La Jefatura es una especie de prefectura donde son concentrados, aunque por ligeros instantes, todos los que tienen algo que ver con la justicia del país: allí son enviados en primer término los dementes, los menores vagabundos, las menores prostitutas, los detenidos á solicitud de cónsules extranjeros, los delinquentes remitidos de los departamentos, y de allí se distribuyen á la Cárcel Correccional, al Manicomio, al Asilo del Buen Pastor y otros lugares. Como se trata de obtener un porcentaje de reincidentes en materia criminal, para el departamento de Montevideo, es preciso restar cuidadosamente de la cifra total de entradas á la Jefatura, el número de los que no son delinquentes, y el de los que han cometido delitos en otros departamentos que el de la Capital. Esto es lo que con la mayor exactitud posible hemos tratado de hacer nosotros.

Años	Entradas	Reincidentes
1887	4,662	376
1888	5,671	327
1889	5,559	278
1890	7,211	383
1891	5,570	289
1892	6,223	403
1893	5,291	423
1894	6,221	485
1895	7,859	492
1896	6,153	409
1897	5,191	243
1898	4,528	233
1899	5,440	295
1900	4,755	272

La reincidencia oscila entre 5% y 8%, que es la cifra mayor y no presenta tendencia á subir. En realidad el porcentaje es algo más bajo. Si se nos ha seguido con atención, se habrá echado de ver que el presente cuadro estadístico no es de reincidencia legal sino de entradas por acusación de delitos á la Jefatura. Muchos de éstos pueden haber sido absueltos por los Jueces de Paz, del Crimen ó Correccional, otros pueden haber sido condenados nuevamente, pero por un delito que no constituye reincidencia según las disposiciones legales. Cabe observarse en sentido contrario, que habiéndose constatado la repetición del delito sólo por el nombre de los delinquentes, muchos pueden haber ocultado el suyo induciendo así en error al funcionario. Esta observación que sería incontestable en Europa, donde la referida astucia de los criminales hace necesaria la identificación antropométrica, carece de valor y de seriedad en nuestro país. Nuestros delinquentes no alteran sus nombres, ni conciben siquiera, la mayoría de ellos, las ventajas ó utilidades de hacerlo.

La reincidencia de los países europeos donde existe buena estadística es infinitamente mayor. Insertamos algunos datos á título de prueba y de comparación, relativos á Francia. El movimiento de la reincidencia en ese país es el siguiente:

De 1828 á 1830.	8%
» 1831 » 1835.	12%
» 1836 » 1840.	11%
» 1841 » 1845.	17%

De 1846 á 1850.	17 %
» 1851 » 1855.	33 %
» 1856 » 1860.	36 %
» 1861 » 1865.	38 %
» 1866 » 1870.	41 %
» 1870 » 1875.	47 %
» 1876 » 1880.	48 %
» 1892	52 %

Esa cifra ha continuado elevándose. En un libro recientes publicado hace dos años, «La France au point de vue moral», de Mr. Fouillé, el autor da un porcentaje de 80 %. En ese mismo libro se inserta el coeficiente de la reincidencia en Inglaterra, Alemania é Italia, que es de 42 % en el primer país, 29 % en el segundo, y 36 % en el tercero.

Como se ve, la diferencia no puede ser mayor entre esas sociedades y la nuestra.

El artículo 39 establece que los trabajos que se impondrán á los penados deben practicarse en el interior del establecimiento. El ocio inmorale á que se les dejaba librados por incuria administrativa en la organización de los talleres hizo que esa disposición fuese derogada por la ley de 30 de marzo de 1895, creando la nueva pena de trabajos públicos. Dice así dicha ley: «Artículo 1.º Mientras no se organicen talleres en las cárceles centrales ó se funden colonias penitenciarias agrícolas, el Consejo Penitenciario, con autorización del P. E., podrá disponer que los condenados á la pena establecida por el artículo 38 del Código Penal sean empleados en trabajos públicos con exclusión de los que se ejecutan en las calles de las agrupaciones urbanas ó estén contratados con particulares».

Esta nueva ley, nos atrevemos á afirmarlo, desnaturaliza por completo el espíritu de aquella institución. El fin científico y racional de las cárceles, es la enmienda del culpable. Sólo la persecución de este ideal justifica plenamente el esfuerzo intelectual desarrollado en este siglo en la concepción de sistemas y planes penitenciarios. Toda esa inmensa labor se desvanecer en cuanto se prescinda de tal hecho. La adopción de un régimen penitenciario en nuestro país no podía ni puede obedecer á otros móviles que aquellos que han inspirado igual reforma en las demás partes del mundo.

Pues bien: el trabajo fuera de la prisión, el trabajo en canteras ó caminos, sin distinción de penados, no consulta el espíritu de esa medida. El sufrimiento puede ser mayor, pero el sufrimiento por sí solo no corrige: es preciso completar la acción del dolor por los efectos educativos de una persistente exhortación moral. Esto es absolutamente imposible bajo un régimen de trabajo que aleja al penado por largo tiempo de los establecimientos *ad hoc*, donde únicamente puede cumplirse dicha obra.

No quiere esto decir, que condenemos en absoluto la explotación del penado en obras de utilidad pública, medida que tanto entusiasmo despierta al profesor Ferri y á su escuela. De ningún modo. En Derecho penal, hay positivo peligro en llevar la lógica hasta sus últimas consecuencias; la verdad está en la armónica limitación de todos los principios y no en el espíritu de uno solo. Lo que nosotros censuramos, es el empirismo de esa reforma, proyectada con el único fin de poner término al ocio de los talleres y sin consultar ningún otro principio de orden penitenciario. Se ha creído, en efecto, que era más importante el trabajo que la corrección, y el medio que el fin, y se ha sacrificado todo á la falsedad de semejante juicio.

Hubiera sido mucho más lógico organizar los talleres, ya que era eso lo que hacía escollar la reforma, y no promulgar una nueva ley para cohonestar en cierto modo, la violación ó la inobservancia de otra. Existía un medio de armonizar esta medida en el espíritu de la institución penitenciaria, que era distinguir entre los penados, según fuera conveniente conservarlos en el establecimiento carcelario, ó destinarlos á trabajos públicos fuera de él. Así se hace en algunas partes y así se aconseja seriamente hacerlo en doctrina. Los legisladores no lo tuvieron en cuenta y eso prueba mejor que nada, la falta de orientación científico que ha precedido la reforma.

La clasificación á que aludimos se basa en la corregibilidad ó incorregibilidad de los penados. Los sujetos de la primera categoría deben permanecer en las cárceles, expuestos á las influencias enmendadoras que se hacen valer en ellas; en cuanto á los otros, todo régimen es bueno, siempre que la seguridad sea completa y el trabajo real y continuo. La construcción de caminos, el saneamiento de tierras, la limpieza de puertos, el laboreo de minas ó canteras, todas estas formas intensas de actividad pueden imponerse con provecho á los recalitrantes del vicio. Volveremos sobre este punto más adelante.

Las disposiciones relativas á la pena de prisión son las siguientes: 1.º «La pena de prisión durará de tres meses á dos años» (inciso 5.º, artículo 36); 2.º «La pena de prisión se cumplirá en cárcel que no sea penitenciaria» (artículo 39 del Código Penal); 3.º «Los condenados á prisión serán sometidos al trabajo ó ocupación que elijan, toda vez que tal elección sea compatible con los Reglamentos. El producto del trabajo les pertenecerá íntegramente.» Esto es lo único que consagra nuestra legislación tocante á dicha pena. No puede pedirse nada más vago é incompleto: falta, como se ve, una disposición que establezca el régimen de la prisión y mencione especialmente las cárceles donde debe sufrirse esa pena. Sobre este último punto el Código de Instrucción Criminal dice algo, pero es también poco preciso. Ambas omisiones han sido subsanadas en la práctica. La comunidad es el sistema que impera en todas las cárceles donde se sufre condena de prisión: y en cuanto á la distribución de los penados, la Cárcel Correccional guarece á los del departamento de Montevideo, la Central de policía á los condenados de la justicia de paz que no han satisfecho la multa, y las Departamentales á los autores de ciertos delitos especificados en el Código de Procedimiento.

A propósito de los encausados, hay mayor previsión en la ley, pero sólo en la ley. El Código de Instrucción Criminal, artículo 419, establece que deben existir dos cárceles de prevenidos en cada departamento, una para los autores de delitos leves, y otra para los graves. El siguiente, previendo las dificultades de esa reforma carcelaria, prescribe más modestamente, la separación tan sólo de los detenidos y penados en el interior de cada prisión. Hasta ahora ni aquella disposición ni esta han podido ser observadas por falta de local. Los prevenidos y penados están juntos en todas las cárceles; en la Correccional, en las departamentales y en la central de policía.

CAPÍTULO II

Parte práctica

1. La nueva Penitenciaría.—2. Régimen de la prisión. El patronato.—3. Los menores.—4. Régimen penitenciario.—5. Las mujeres.

Hace algunos años el famoso Ministro belga Mr. Le Jeune, queriendo justificar el trabajo perpetuo de construcción, que se verificaba en los establecimientos públicos de beneficencia, decía ante la Cámara de su país: «La moralidad en estos establecimientos es una cuestión de albañilería: en este sentido es permitido afirmar que se moraliza á medida que se ensanchan « los locales ».

Esas palabras son de una estricta aplicación á la reforma penitenciaria; la moral de la prisión es también una cuestión de arquitectura. En vano son todas las precauciones legales si se descuida ese punto fundamental de la construcción; en vano son también los esfuerzos de la filantropía para provocar un destello de luz moral en el espíritu tenebroso del malvado. Allí donde la estrechez del local impide aislar al delincuente, ó donde la mala organización penitenciaria tolera ó dispone la comunidad de los asilados, no cabe más autoridad, ni es posible otra influencia que la del mal. No de otra manera, que por el justo sentimiento de esta verdad, nos explicamos el silencio de nuestra ley penal, tocante al régimen de la prisión. Más vale, dice un autor, aplazar veinte años la sanción de una ley, que depararle otros tantos de criminal inobservancia después de sancionada. Acaso se haya evitado á la nueva disposición, mediante ese discreto aplazamiento, una suerte igual á la que ha cabido á los artículos 419 y 420 del Código de Instrucción Criminal, sobre régimen de los prevenidos, no obstante su bondad intrínseca.

La oportunidad para discutir ese problema y otros muchos, se presentará muy en breve con la terminación de la nueva Penitenciaría. Nosotros nos creemos obligados, por la índole de este trabajo, á discutir brevemente sobre dichas reformas, pero antes, séanos permitido atar un cabo suelto de la primera disertación, diciendo algo sobre la arquitectura de la cárcel.

Está situada á pocos metros de la orilla del Plata, en el paraje denominado Punta Brava, y se extiende de Oeste á Este. El sistema adoptado en su construcción es el moderno de pabellones: la cárcel francesa de Fresnes les Roungis, recién construída en 1898, le ha servido de modelo al arquitecto, según lo hemos podido constatar con los planos á la vista. A la entrada se halla el cuerpo de guardia, separado, por un espacio bastante considerable destinado á jardines, de la Dirección. Es este un hermoso edificio de tres pisos, situado contiguamente á la entrada de la cárcel, pero fuera de los muros de ronda.

La distribución interna del edificio es la siguiente: los pabellones en número de tres correa paralelamente de Norte á Sur, distanciados entre sí por un espacio de veinte á veinticinco metros; es en ellos que están ubicadas las celdas en número próximamente de cuatrocientas por cada pabellón. Esa capacidad se explica por la circunstancia de ser varios los pisos.

Todos estos pabellones están cortados centralmente por un corredor perpendicular que va de Oeste á Este, desde el frente al fondo del recinto interno de la cárcel. Los costados laterales de este corredor están formados por la pared terminal de los pabellones, y por un edificio

que se extiende entre éstos en línea recta con dichas paredes. Queda así entre pabellón y pabellón, un patio de buen perímetro que sirve para recreo de los penados. El edificio perpendicular que cierra este espacio, está destinado á escuela y talleres. El muro de ronda de forma rectangular, encierra toda esta construcción, de la cual se halla separada, por un corredor circunvalante que da la vuelta á la cárcel.

Por ahora sólo se piensa construir el primer pabellón, los otros se harán más adelante. Ignoramos qué planes determinará la futura construcción, pero si se discurre con acierto, esa obra debe confiarse al Departamento Nacional de Ingenieros, para ser ejecutada por los mismos penados.

Es incalculable la economía con que se construye según este sistema, que ha sido Inglaterra la primera en aplicar. Algunas cifras lo probarán fehacientemente. Desde 1863 á 1885, se han hecho en ese país por los penados 4,771 celdas con un gasto de 6:932,500 francos; ese mismo trabajo según cálculos periciales hubiese costado 15:910,000 francos; es decir, mucho más del doble. Así se ha levantado allí la prisión de Woking para 700 mujeres, la de Borstal para 500 hombres, la de Worwod Scribs para 1,052 asilados, y se han agregado 500 celdas á la cárcel de Chatam, 200 á la de Portsmouth, 272 á la de Daarmoor, 635 á la de Parkurts, 306 á la de Brixton, etc. No se trata, pues, de prestigiar una aventura, sino de aconsejar una práctica que ha dado excelentes resultados en otros países. Esto sin contar que se da trabajo á los penados, que no es tan fácil como parece proporcionarles en los talleres.

Otra observación se nos ocurre á propósito de esta cárcel. El muro de ronda por los lados Oeste, Norte y Sur, va por la misma linde del terreno. Siendo los solares contiguos propiedad de particulares, no tendría nada de extraño que se hiciesen sobre ellos otros edificios pegados á los muros laterales de la cárcel. Ahora bien: eso no puede consentirse. Todas las prisiones del mundo están circundadas por un camino exterior, cuyo objeto es impedir precisamente esas adherencias de la construcción civil. Las penitenciarías deben estar aisladas: es un principio universal de arquitectura carcelaria: la seguridad y la estética de estos edificios, la integridad del muro de ronda, la condenación de toda comunicación con el exterior, aun la visual, lo justifican plenamente.

(Continuará).

Un caso de ejecución de sentencia

Cual es el procedimiento á seguir para ejecutar un laudo arbitral recaído en una rendición de cuentas por liquidación de sociedad mercantil.

El laudo desecha las cuentas presentadas y dispone que se presente nueva cuenta según las bases que indica.

El obligado á rendir la cuenta entiende que debe seguirse el procedimiento que el Código señala para el caso de liquidación de frutos ilícitos.

I

Consideramos que el caso puede interesar de un punto de vista general y que conviene averiguar si está com-

prendido en las disposiciones actuales, y si convendría aclarar éstas para lo futuro.

Casi todo el capítulo VIII del Título IV de la Parte Primera de nuestro Código de Procedimiento Civil ha sido tomado, con algunas alteraciones de poca trascendencia, de la ley española de enjuiciamiento de 1855, la que á su vez reproduce algunas reglas de la ley 27, título 23, Partida 3.ª, y de la 4.ª, título 27, libro 2, N. R.

Consentida ó ejecutoriada la sentencia, sea de los Tribunales, sea de los árbitros, y si la misma sentencia hubiese fijado plazo para su cumplimiento, pasado éste se procederá á ejecutarla á instancia de la parte interesada, bajo la regla de los artículos siguientes. Así dispone nuestro artículo 492.

En los artículos siguientes nuestro Código enumera varios casos:

1.º caso.—Si la sentencia condena al pago de *cantidad líquida y determinada*. El caso es típico y distingue:

a) Si la sentencia se ejecuta dentro de noventa días de ejecutoriada;

b) Si se ejecuta después de pasado ese término.

Estos tópicos están claramente legislados y se rigen fundamentalmente por lo establecido para el juicio ejecutivo. En esta parte nuestro Código ha simplificado y supera á la ley española de enjuiciamiento.

2.º caso.—Si la sentencia condena al pago de *cantidad líquida procedente de frutos*.

3.º caso.—Si la sentencia condena al pago de *cantidad ilíquida procedente de perjuicios*.

En estos dos casos los procedimientos preliminares son distintos. Pero nada más que los *preliminares*, como se demuestra en seguida.

En el caso primero (*frutos*) se intima al deudor presente una liquidación con arreglo á las bases fijadas en la sentencia. La razón es tan obvia que apenas necesita indicarse: por ser el que los ha percibido, quien mejor puede fijar su importe.

En el segundo caso (*perjuicios*) el acreedor presentará relación de ellos al pedir el cumplimiento de la ejecutoria, por ser quien los ha sufrido el que mejor que otro alguno puede fijar su importe.

Y en seguida se observará el procedimiento que se aplica cuando, en el caso de *frutos*, no hay conformidad sobre la liquidación presentada por el deudor.

Ese procedimiento es el comparendo ó audiencia verbal para buscar un avenimiento entre las partes. Si no se avienen, se procede á la prueba de los hechos pertinentes sobre que haya contradicción, abriéndose al efecto un término que no exceda del designado para el juicio ejecutivo. El Código señala en seguida una tramitación breve; y prevé el caso en que el obligado no presente la liquidación, facultando entonces al acreedor para que la presente, siguiéndose siempre el procedimiento de la audiencia verbal y la tramitación rápida, señalado para el caso de *liquidación por frutos*. Hay además una ley de 4 de mayo de 1881, sobre restitución de ganados con procreos.

4.º caso.—Es aquel en que una sentencia condena al pago de una *cantidad líquida y de otra ilíquida* (artículo 506).

El Código no ha determinado la procedencia. No se refiere á *frutos*, ni á *perjuicios*. El Código trata de la materia en general.

Ha prescripto que en cuanto á la parte líquida se hará efectiva sin esperar á que se liquide la segunda.

Pero sobre el procedimiento para la ilíquida, no ha dicho nada tópicamente.

Volveremos después sobre este tema.

5.º caso.—Cuando la sentencia contuviese *condenación de hacer alguna cosa*, si el condenado no cumpliera con lo que se le ordena dentro del plazo que el Juez le señale, se hará á su costa, ó se le obligará á resarcir los daños y perjuicios preventivos de la inexecución, á elección del acreedor.

6.º caso.—Si la sentencia condena á no hacer alguna cosa y el obligado á no hacerla lo quebrantase, el acreedor tiene opción á pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuese posible, y á costa del deudor, ó que se le indemnicen los daños y perjuicios conforme á lo prescripto en el artículo anterior.

7.º caso.—Cuando la condena sea *á entregar alguna cosa*, se librará el correspondiente mandamiento para desapoderar de ella al obligado, y caso que esto no pudiera verificarse, se le obligará á la entrega del precio, previa la avaluación necesaria con los daños y perjuicios á que hubiere lugar.

8.º y último caso.—Siempre que las liquidaciones ó cuentas á que haya de procederse sean muy complicadas y de lenta y difícil justificación, ó requieran conocimientos especiales, serán sometidos á la *decisión de peritos amigables componedores*.

Este más bien que un caso típico, específico, es un procedimiento complementario para todos los casos de deuda ilíquida en que surjan las dificultades mencionadas.

II

¿Cuál de estos casos es el que tiene atingencia con el caso propuesto?

Si se consulta solamente la expresión literal, ninguno, aunque pueda llegar á ser aplicable la disposición del caso 8.º. Pero, si se va á la fuente y al significado de las disposiciones, á su interpretación y práctica en el país de origen y á las ampliaciones ó especificaciones por que ha pasado en la reforma de la ley de 1855,—se encuentra que el procedimiento á seguir en el caso propuesto, y en el momento actual, no es otro que el determinado para cantidad ilíquida procedente de frutos.

No daremos apreciación nuestra. Recurriremos á los comentaristas españoles.

Caravantes, comentando la ley española de 1855 dice en el § 1825: «El procedimiento que vamos á exponer tendrá lugar cuando se hubiere fijado en la sentencia en cantidad líquida y determinada la obligación del vencido ó el derecho del vencedor, ó cuando recae en la condena sobre frutos, intereses, daños y perjuicios, se hubiera fijado en ella su importe en cantidad líquida, según previene el artículo 63 de la ley, *pues si por no poderse efectuar esto, sólo se establecieron en la condena las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidación, tendrá lugar el procedimiento sobre ejecución de sentencias que condenan al pago de cantidad ilíquida, y que se exponen en los artículos 898 al 909, sobre cantidad ilíquida procedente de frutos, y en los 911 y 912, sobre la que procede de perjuicios; mas si por no ser posible fijar ni lo uno ni lo otro, se hace la condena reservando á las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importe, según lo establecido en el artículo 63, se seguirá para ello un juicio ordinario.*»

Según el comentario de Caravantes sobre la ley española de 1855, es evidente que para el caso en que sólo se establecieron en la condena las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidación (y este es el caso típico expuesto) tendrá lugar el procedimiento sobre ejecución de sentencias que condenan al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos.

Sobre este procedimiento, que en la legislación nuestra como en la española, es procedimiento sumario, nuestro Código ha introducido algunas modificaciones que parecen más acertadas que las disposiciones de origen. Pero en ambas legislaciones el procedimiento es sumario, como puede verse cotejando artículos con los Códigos á la vista.

Según el comentario de Caravantes, no habría duda de que, en el caso propuesto, se aplica el procedimiento general del caso de cantidad ilíquida procedente de frutos.

Según Manresa y Reus, en el comentario de la ley de 1855, IV, página 184 en los artículos 898 al 909... «Nada se dispone expresamente para el caso en que la cantidad ilíquida proceda de intereses, rentas ó productos que no sean frutos, ó de daños. Respecto de éstos habrá de observarse lo que ordenan los artículos 910 y 911 para cuando aquélla proceda de perjuicios, y sobre todo hay perfecta analogía para los efectos que tratamos.

Por esta misma razón, para liquidar las rentas ó los productos de cualquier establecimiento industrial ó de otro género, se observará lo que se dispone para la liquidación de frutos, á los que se asimilan, y en los que están comprendidos, tomando éstos también en sentido lato».

III

En la reforma española de 1880 que se promulgó en 1881 hay un artículo 927, que es igual al 506 nuestro, y al 912 de la ley española de 1855.

El ilustre Manresa al hacer el comentario, indica que esa redacción no contiene todos los casos, porque la combinación que el artículo indica no es la única posible,—lo que podrá tenerse presente para la reforma de nuestro Código, que actualmente estudia una Comisión de distinguidos jurisoconsultos.

En los artículos siguientes de la ley española de 1881 hay aclaraciones ó ampliaciones, como las contenidas en el artículo 932, que dice así: «Si la sentencia condenare al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos, rentas, utilidades ó productos de cualquier clase, háyanse fijado ó no las bases para la liquidación, se requerirá al deudor para que dentro del término que señalará el juez, según las circunstancias, presente la liquidación, en su caso, con arreglo á las bases establecidas en la misma sentencia».

Siguen las disposiciones de procedimiento sumario para tramitar esa liquidación, y después de transcritos los artículos 932 á 936, dice Manresa:

«Estos artículos se refieren al caso en que la sentencia condene al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos, rentas, utilidades ó productos de cualquier clase. Conceden con los artículos 893 al 900 y 913 al 917 de la ley de 1855, pero con modificaciones importantes que obedecen á las mismas razones consignadas en el comentario anterior, y ampliando expresamente este procedimiento á la liquidación de rentas, utilidades ó productos de todas clases, no mencionados en dicha ley, aunque se consideraban comprendidos en la denominación de *frutos* empleada por la misma en sentido genérico».

IV

La nueva ley española por su artículo 946 extendió la aplicación de las reglas para la liquidación de frutos al caso en que la sentencia hubiere condenado á rendir cuentas de una administración y entregar el saldo de las mismas.

Según Manresa, las ampliaciones contenidas en el artículo 932 de la ley española de 1881, que queda transcrita, que agrega á la palabra *frutos*,—rentas, utilidades ó productos de cualquier clase, aunque no mencionados en

la ley de 1855, se consideraban comprendidos en la denominación de «FRUTOS» EMPLEADA GENÉRICAMENTE POR LA MISMA EN SENTIDO GENÉRICO.

Ese sentido genérico estaría dentro de la antigua denominación de rentas, según los artículos 479 y 707 del Código Civil Oriental. Cuando el Código de Procedimiento Civil se refiere á *frutos* emplea la palabra en sentido jurídico, amplio y genérico (artículo 19 del Código Civil).

Parece, pues, que, según los comentarios de Caravantes, de Manresa y Reus y de Manresa,—aunque la ley española de 1855 no haya sido tan explícita como la nueva ley española de 1881, el procedimiento para la ejecución de un laudo ó sentencia que manda presentar una cuenta de liquidación de sociedad mercantil sobre bases que se expresan en la sentencia ó en el laudo,—es el mismo procedimiento que, como regla general había adoptado la ley de 1855 y que fué el mismo seguido por nuestro Código, para el caso de cantidad ilíquida procedente de frutos (artículos 496 y siguientes).

V

Quiere decir que aunque la ley española de 1855 no hiciera mención expresa de la liquidación de rentas, utilidades ó productos, se consideraban comprendidos en la denominación de *frutos*, empleada por la misma ley en sentido genérico.

Lo propio debe, pues, decirse de nuestro Código, cuyo articulado reconoce por fuente á la ley española de enjuiciamiento de 1855.

Para evitar toda duda en lo futuro convendría seguir en este punto las ampliaciones de la nueva ley española de 1881.

Aunque estamos seguros de que estas observaciones no han escapado á la distinguida Comisión que estudia actualmente las reformas en el Código de Procedimiento Civil, las dejamos apuntadas, deseosos también de contribuir á la dilucidación de un tema que reputamos de algún interés en la clínica profesional.

CARLOS MARÍA DE PENA.

JURISPRUDENCIA

No procede llenar el requisito constitucional de la conciliación cuando se trata de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (caso 6.º, artículo 2.º de la ley de 26 de octubre de 1907).

Ni el artículo 107 de la Constitución, ni el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil son aplicables, porque no existe verdadera contienda legal sometida á la decisión de los jueces en estos casos. El artículo 44 de la ley de divorcio comprueba, por lo demás, esta solución.

Fiscalía de lo Civil de 2.º Turno.

Señor Juez:

Sírvase V. S. disponer que se justifique que se ha llenado el requisito constitucional de la conciliación y luego se expedirá este Ministerio.

Montevideo, febrero 16 de 1909.

Abel C. Pintos.

Vistos:

Considerando: que para los juicios por mutuo consentimiento, no es necesaria la conciliación ante los Jueces de Paz, como se comprende, por verificarse tres comparendos ante el Juez Letrado Departamental, cuyo principal fin es procurar el avenimiento de las partes (artículo 62 de la Ley de Divorcio); que la citada ley ha establecido la conciliación previa, para los divorcios por *causa determinada*, determinándola expresamente en el artículo 45 de la ley, lo cual demuestra que la intención del legislador ha sido excluir este juicio en los divorcios por mutuo consentimiento; y que la prescripción constitucional (artículo 107 de la Constitución), no rige estos juicios, pues no son pleitos; es decir, juicios contenciosos; y además, aún cuando hubiera incompatibilidad entre la ley de divorcio y la Constitución, habría que estar á lo dispuesto por la ley, pues el legislador es el único que puede interpretar la Constitución.

Por ello: no se hace lugar á la solicitado; y vuelvan en vista.

Montevideo, febrero 17 de 1909.

Cibils Larravide.

Señor Juez:

El artículo 107 de la Constitución establece que no puede entablarse ningún juicio en materia civil, sin constancia de haber comparecido las partes á la conciliación; y el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil, dispone que no puede darse curso á ningún expediente de los no exceptuados, sin que el Actuario anote en la carátula del expediente, haberse llenado la conciliación.

Teniendo en cuenta, pues, que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes, (Código Civil, artículo 9.º) es necesario indicar la disposición legal que establece una excepción para el caso de divorcio por mutuo consentimiento, para sostener que no procede la conciliación previa ante Juez de Paz.

Ni en el Código de Procedimiento Civil ni en la ley de octubre 28 de 1907, encontrará V. S. precepto alguno que establezca la excepción aludida. Y no es posible deducirla, como lo hace V. S. en el auto precedente, del hecho de ser innecesaria, pues ello importaría modificar la ley en vez de interpretarla; ni tampoco por argumento *a contrario sensu* del hecho de que el legislador no lo haya previsto expresamente como en el caso de divorcio por causa determinada, pues es elemental que los argumentos *a contrario* sólo tienen valor, cuando conducen á una solución que está de acuerdo con los principios generales de derecho, y en este caso nos llevan á una contraria á disposiciones expresas de la ley.

No basta, pues, que la ley de divorcio no haya prescrito la conciliación previa en el caso de mutuo consentimiento, para que no se haga; sería menester para ello que existiera una disposición legal que derogara los preceptos antes invocados.

Por lo expuesto, este Ministerio solicita de V. S. se sirva revocar por contrario imperio el auto precedente, proveyendo en su lugar de acuerdo con lo solicitado en el dictamen de f. 5 vta., para lo cual interpone el recurso de reposición y en su defecto el de apelación que V. S. se servirá concederle en caso contrario para ante el Superior que corresponda.

Montevideo, febrero 19 de 1909.

Abel C. Pintos.

Vistos:

Por los fundamentos del auto recurrido, no se hace lugar á la reposición solicitada por el señor Fiscal de lo Civil; y otórgase el recurso de apelación en relación. Elévense los autos, emplazándose á las partes para que concurran ante el Superior dentro de tercero día.

Montevideo, febrero 20 de 1909.

Cibils Larravide.

Para mejor proveer, pase en vista al señor Fiscal de lo Civil de 1.º Turno.

Montevideo, marzo 6 de 1909.

Regules.

Señor Juez:

El Fiscal que suscribe, al evacuar la vista que, con calidad de «para mejor proveer», se ha servido conferirle V. S. por el auto de f. 10 vta., lamenta mucho que sus opiniones no coincidan con las de su ilustrado colega el señor Fiscal de lo Civil de 2.º Turno, en la tesis que éste sostiene sobre el punto que ha motivado este incidente.

Se trata de saber si en los casos de proponerse ó de solicitarse el divorcio *por mutuo consentimiento de los cónyuges*, (caso 6.º del artículo 2.º de la ley de 26 de octubre de 1907),—ha de llenarse previamente el requisito constitucional de la conciliación ante el Juez de Paz.

El artículo 107 estableció, en efecto, los Jueces de Paz,—para que procuren conciliar los pleitos que se «pretendan iniciar; sin que pueda entablarse ninguno «en materia civil y de injurias, sin constancia de haber comparecido las partes á la conciliación».

Como se ve, la Constitución impone claramente ese requisito, «en los pleitos» en materia civil y de injurias; dando, sin duda alguna, á esa palabra *pleitos*, el significado que tenía entonces y que tiene todavía tanto en el lenguaje común como en el jurídico, de «contienda, controversia, disputa ó litigio judicial entre partes», etc. (V. Diccionario de Jurisprudencia, de la Academia y otros).

Pues bien; es una contienda, ese litigio ó lucha judicial entre los intereses encontrados ó opuestos de las partes, propensas al conflicto, lo que el citado precepto constitucional ha querido impedir ó modificar al imponer como paso previo, el acto ó requisito de la conciliación. Fácilmente se comprende que es esa clase de asuntos ó de negocios, la única susceptible de poder ser completamente terminados ó regularmente moderados en sus exigencias respectivas por medio de una avenencia ó de una transacción entre las partes interesadas, mediante la interposición discreta y empeñosa del Juez de Paz.

Por eso es también que la ley ordinaria, el Código de Procedimiento Civil, por ejemplo, no derogando, lo que sería absurdo, sino interpretando la letra y el espíritu de la citada disposición constitucional, al paso que mantiene con rigor su cumplimiento, en todo lo que es litigioso, ha declarado en varios casos y por razones valederas, no ser necesario el previo juicio de conciliación, así como ha exceptuado á otros de ese requisito, y en general, «para cualquiera otra gestión que no suponga la negativa ó resistencia de alguien». Ordena, sin embargo,

que «si en todos estos casos se suscita controversia entre las partes, se procederá al juicio conciliatorio». (Artículo 278, Código de Procedimiento).

Es evidente que en los casos de «divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges», que en esos casos en que, conforme a la ley especial de la materia, «será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto, ante el Juez Letrado de su domicilio, á quien expondrán su deseo de separarse»; es evidente que en estos casos, decía, lejos de haber juicio propiamente dicho, ó sea contienda legal sometida á la resolución de los Jueces, lejos de haber controversia ni litigio sobre intereses ó propósitos encontrados, hay armonía y perfecto acuerdo entre las partes, los esposos, al declarar ante el Juez, su deseo, su voluntad común y persistente de separarse, de romper definitivamente el vínculo matrimonial, que los unía.

En tales casos, por lo tanto, no hay pleito, no hay gestión alguna que suponga *negativa ni resistencia* del lado de ninguna de las dos únicas partes entre quienes podría nacer el conflicto, pero que no lo hay, y de consiguiente no cabe conciliación,—desde que están resueltas y concordes en el mismo propósito á que aspiran.

Por estas consideraciones, y teniendo en cuenta que basta el procedimiento verbal especialísimo que la ley de la materia señala, al solo efecto de hacer constar estos actos de voluntad de los cónyuges,—demuestra que no tiene fondo ni figura de juicio contencioso;—el infrascripto llega á la conclusión de que, en tales casos excepcionales, no hay base para exigir el cumplimiento del requisito de la conciliación de que trata el artículo 107 de la Constitución.

No cree el infrascripto, que contra esa conclusión pueda argüirse con lo que dispone el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil:—primero, porque esa disposición se refiere al divorcio por causa determinada, con arreglo á lo que legisla el Código Civil con anterioridad á la nueva ley sobre la materia;—segundo, porque según aquella disposición, el avenimiento de las partes sólo terminaría el negocio, *en el caso de que se reunieran los cónyuges*;—y aquí, en el caso presente *ó sub judice*, los cónyuges están, por el contrario, conciliados y avenidos en separarse definitivamente.

No obstante lo expuesto, V. S. resolverá, con más acierto, lo que considere arreglado á derecho.

Montevideo, marzo 17 de 1909.

Martin Berinduaque.

Vistos: en segunda instancia el presente incidente venido al conocimiento de este Juzgado en virtud de apelación interpuesta contra la resolución de f. 5^a vta., dictada por el señor Juez Letrado Departamental doctor Cibils Larraive,—

Por los fundamentos aducidos en la precedente vista, que el Juzgado hace suyos; y

Considerando: que la propia ley de divorcio ha hecho el distingo para los casos que deba llenarse el requisito de la conciliación, pues tratándose del procedimiento en el divorcio por causa determinada (artículo 41) establece expresamente que la conciliación deberá ser previa á la demanda é iniciarse ante el Juez de Paz, mientras que tratándose del divorcio por mutuo consentimiento no establece que la conciliación debe llenarse en la forma apuntada, sino que delega en el Juez Letrado la obligación de proponer á los cónyuges los medios conciliato-

rios, y tal distingo de la ley, está fundado, como con todo acierto lo dice el señor Fiscal de lo Civil de 1.^{er} Turno, en que en el primer caso, se trata de un verdadero litigio, de un pleito, de una contienda, en que, como es consiguiente, se produce la controversia entre las partes, en tanto que en el segundo caso, no existe pleito, no existe controversia, «ni gestión alguna que suponga negativa ni resistencia del lado de ninguna de las dos únicas partes entre quienes podría nacer el conflicto.»

En tal virtud, se confirma la resolución apelada y devuélvase.

Montevideo, marzo 17 de 1909.

Wenceslao Regules.

Las barracas de carbón y la ordenanza de la Junta Económico-Administrativa, del 10 de octubre de 1907.

La cuestión sobre el techado de las barracas de carbón se inició en septiembre de 1897 por un grupo de vecinos de esas barracas, que solicitaban de la Municipalidad que se suprimieran ó clausuraran ó que fueran debidamente techadas, á fin de evitar el polvo que de las manipulaciones con el carbón provenía con perjuicio de los edificios y de los mismos habitantes.

La Junta dictó una resolución que por carecer de carácter general, fué impugnada. La apelación de esa ordenanza instaurada ante la justicia, dió por resultado que el Tribunal fallara en último término, dejando sin efecto la resolución administrativa de la Junta (noviembre de 1906).—Fué entonces que la Junta dictó la ordenanza de 10 de octubre de 1907, en la que, con carácter reglamentario general, se disponía el techado de las barracas, y otras medidas tendientes á evitar las incomodidades de esos locales.

Publicamos á continuación la notable vista del Fiscal de Gobierno doctor Pacheco y la resolución administrativa que puso fin á la cuestión, y que fueron originadas por la apelación que de la última ordenanza de la Junta, presentaron ante el Ministerio del Interior los introductores y propietarios de las barracas de carbón y las principales casas consumidoras de aquel artículo.

VISTA DEL SEÑOR FISCAL DE GOBIERNO

Excmo. Señor:

A primera vista el punto que se debate parecería versar sobre la facultad que asiste á la Junta de reglamentar los establecimientos incómodos, ya por lo que toca á su funcionamiento, como por lo que se refiere al lugar de su ubicación, de modo que no se llegue á causar incomodidades al vecindario circundante, incomodidades que en el caso resultan verdaderos perjuicios tanto para el morador de las habitaciones como para el propietario de las fincas. Sin embargo, no es la existencia de tal facultad, sino su prudente ejercicio, la utilidad y el acierto en su aplicación, lo que se discute ahora. La Junta, con el designio de amparar las reiteradas peticiones que con tesón singular se le vienen haciendo desde diez años á esta parte, para que se construyan techos en las barracas de carbón, ha llegado al fin á sancionar una ordenanza por la que dispone que las barracas ó depósitos de carbón

ubicadas en la ciudad dentro del Boulevard «General Artigas», deberán estar techadas y cerradas hasta la cubierta en todas las partes destinadas á depósito ó manipulación del carbón, so pena de la inhabilitación de los locales, etc., prohibiendo al mismo tiempo manipular, zarandear, embolsar ó cualquiera otra operación que dé lugar á desprendimiento de polvo de carbón, fuera de los locales cubiertos.

Hay en esta controversia una diversidad de aspectos y tal complejidad de intereses encontrados, que hacen que no pueda apreciarse desde luego la cuestión controvertida, con un criterio simplista, esto es, con el criterio que no ve nada más que las molestias que sufre el vecindario adyacente á esos incómodos establecimientos.

Por lo pronto, Excmo. señor, cabe observar que las barracas ó depósitos de carbón mineral, situadas en la parte Noroeste de la ciudad, no son establecimientos á los cuales pueda fijárseles un radio cualquiera que no obedezca á otra condición que á la de estar fuera de poblado. Esas instalaciones suponen ante todo la adyacencia de muelles donde atracan lanchas que envían por guinchos el carbón de importación destinado á los consumos industriales y domésticos. Para los buques que no han tomado carbón en las barracas del Cerro, embarcan también esas mismas lanchas el carbón que piden para sus viajes de retorno, verificándose de este modo un trasbordo ficto á los efectos aduaneros, puesto que queda sin liquidar lo importado, á la espera prudencial de esas deducciones que suelen hacerse frecuentemente del material ya apilado en el depósito. De modo, pues, que cuando este aprovisionamiento á los buques de tránsito no se hace sacando el carbón del Cerro ó de las lanchas surtas en el puerto, llega á producirse en las barracas indicadas un doble movimiento por la entrada y salida del combustible en el depósito, y todo esto tiene que verificarse necesariamente á expensas del zarandeo, de la mezcla ó de la dispersión y acumulación del carbón, surgiendo de ahí la emisión del polvo tenue que empieza en las mismas lanchas, fuera de techado, y se prolonga por el muelle, hacia la barraca ó depósito, donde no termina si reina viento favorable para su esparcimiento.

Note V. E. que estos establecimientos llenan hoy una necesidad apremiante, tanto para la plaza como para el puerto, y no podrían suprimirse tan fácilmente como lo establece la ordenanza, sin llevar serio menoscabo á nuestra economía comercial, aniquilando de un golpe los esfuerzos que viene haciendo nuestro comercio para reconquistar el mercado de provisión de carbón á los buques de retorno para Europa, y también á los que hacen escala en Montevideo, para zarpar á los mares del Pacífico; y con este motivo, y por vía de digresión nada más, dirá el Fiscal, recordando que los buques de esta última línea podrán abastecerse en nuestro puerto con preferencia á los de escala, que las ventajas de tal conquista comercial las facilitaría inmensamente la exoneración libre de derechos del carbón (aforado hoy á 10 pesos la tonelada), con lo que vendría á favorecerse además á las industrias ya domiciliadas en el país, siendo la baratura de la materia prima, como lo sabe V. E., uno de los aspectos más recomendables de un proteccionismo racional.

La importancia futura del Puerto de Montevideo, como mercado proveedor de carbón y víveres, es un hecho que fué previsto por los estadistas argentinos, con motivo del proyecto de ensanche de los puertos de Buenos Aires y La Plata. A tal respecto decía en su importante obra descriptiva el caracterizado ingeniero Carmona: «Hay que tener en cuenta también, para activar el mejo-

ramiento que se impone, las facilidades que el puerto de Montevideo, una vez construido, ofrecerá á los buques para tomar allí el carbón de retorno. Fuera de los mejoramientos ya señalados, convendría igualmente dar al canal del puerto de Buenos Aires y La Plata, una mayor profundidad».

Es de observar, por lo tanto, que las barracas de carbón no están en el caso de los demás establecimientos incómodos que pueden trasladarse sencillamente á otras zonas, como los tambos, las lecherías, fábricas de cerveza, de aceite, hornos de ladrillos, etc., á los cuales las afueras de la ciudad les brindan siempre innumerables ventajas. Aquí se trata ante todo de una industria comercial, de permanente ubicación en la línea del puerto ó de la bahía, en que la manipulación del carbón tiene que operarse siempre con perjuicio para el vecindario inmediato, aunque el edificio esté techado. Las barracas en su función de proveedoras de carbón clasificado, dentro y fuera de muelles, tienen que actuar como uno de los tantos servicios inherentes á un puerto artificial, utilizando locales especiales donde el embarco y desembarco se hagan sin gastos de tracción, y este aspecto del asunto no merece prescindencia.

Para que pudiera hacerse efectiva la ordenanza, habría que inquirir, ante todo, dada la resistencia á la construcción del techado, si existen prontos y disponibles los respectivos locales de reemplazo, para las barracas, ya que su clausura por desobediencia á una ordenanza que se reputa impracticable, sería una medida extrema, imposible de imponer por sus funestas consecuencias antieconómicas.

Tal es, Excmo. Señor, bien mirada, la principal objeción que levanta la ordenanza, y esta objeción es fundamental y de carácter previo, salvo que los propietarios de las barracas hubieran ya adquirido terrenos situados sobre la costa donde poder trasladar fácilmente su negocio.

Refiriendo, pues, la provisión del carbón á un servicio portuario, puede decirse que esos locales especiales no han sido todavía delineados, pues es notorio que las obras del puerto se han circunscripto hoy por hoy á lo principal, que es el antepuerto y los muros de muelle, siendo aún punto de solución á tomarse todo lo que es accesorio y complementario, como el dique, las barracas de carbón, los almacenes que constituirán más tarde el *entrepôt*, el lazareto sanitario para animales importados y demás instalaciones que reposan sobre la radicación permanente de muy complicados elementos comerciales y fabriles.

Cierto es que los proyectos de esas instalaciones no los descuida nuestra administración, y así es de preverse que con motivo de las obras de superestructura se aproximará el momento de sentar un plan definitivo acerca de todas ellas. Pero mientras tanto, para suplir ciertas necesidades perentorias, nada se opondría, Excmo. Señor, á que se llegara á algunas concesiones de carácter condicional y provisorio, por lo que toca al punto que está en debate. Acaso en los terrenos ganados á la bahía fuera fácil destinar un local aparente que arrendaría el Gobierno á los dueños de barracas de carbón, en tanto no se procediera á fijar el sitio definitivo de instalación.

Puede que esta misma solución la protesten los vecinos ó propietarios recurrentes, porque como correrá algún tiempo todavía antes de que se cumpla, las molestias del desprendimiento del polvo continuarán incomodándolos. Pero si tal hicieran, darían muestra de que no poseen un sentido claro de sus conveniencias. Lo que les interesa, ó mejor dicho, lo que conviene á esa zona de la ciudad no es que las barracas continúen allí funcionan-

do, bajo techo, pues de ese modo podrían prolongar su subsistencia sin que la molestia desapareciera, no obstante. Lo que conviene á esa parte de la ciudad es desterrar definitivamente de su seno esos incómodos establecimientos, y para ello no es el mejor auxilio por cierto una combinación á base de reglamentaciones inocuas por su misma realización; antes, al contrario, deben demostrar los interesados á quien no estuviere convencido, que es de suma urgencia tanto para el comercio, como para el vecindario, preparar y habilitar de una vez los locales provisorios á que acaba de referirse este Ministerio, ó bien otros similares, ya que los definitivos es cosa de mayor tiempo. A este respecto, el Fiscal es más radical que los peticionarios y la Junta misma, pues no busca conciliar lo que es inconciliable de suyo, á saber: *barracas de entrada y salida de carbón con edificios adyacentes*. Esos establecimientos, aún reglamentados y todo, trabarán siempre el desarrollo de importantes elementos de urbanización, que una vez libres éstos de tal vecindad progresarán por obra de la influencia que el nuevo puerto es susceptible de imprimir á esos parajes hoy entenebrados.

Dicen los propietarios que las barracas constituyen para ellos una verdadera servidumbre. Es cierto; pero un reglamento más, sólo contribuiría á paliar los efectos de la molestia, no á suprimirla. Deben más bien encaminar su diligente actividad esos propietarios, repite el Fiscal, á conseguir que las barracas desaparezcan para siempre de ese punto; y así, mediante la transformación á operarse, llegarán á recibir sus fundos los beneficios consiguientes, viniendo los perjudicados de hoy á ser los favorecidos de mañana. Para ascender á situación tan distinta de la actual, fuerza es soportar hoy por hoy, las consecuencias disgustantes de estos verdaderos fenómenos de crecimiento á que se ven expuestas todas las organizaciones en vías de desarrollo.

Concluye el Fiscal en que V. E. debe desaprobar la ordenanza en cuanto se refiere á las barracas de carbón establecidas en la parte Noroeste de la ciudad,—y que como por sus proyecciones este asunto es más bien de administración central ó general que simplemente municipal, V. E. está en el caso de llamarlo á su conocimiento y resolverlo con la debida intervención del Ministerio de Obras Públicas.

Fijado luego el paraje de ubicación de las barracas, sea éste definitivo ó provisorio, será llegado entonces el momento de dictar las reglas que más convengan á la higiene del obrero y al bienestar de los parajes circunvecinos.

Tal es la opinión del Fiscal, salvo la más acertada de V. E.

Montevideo, septiembre 10 de 1909.

Alfonso Pacheco.

RESOLUCIÓN GUBERNATIVA

Ministerio del Interior.

Montevideo, diciembre 21 de 1908.

Vistos: los antecedentes relativos á la ordenanza de la Junta Económico-Administrativa de la Capital estableciendo diversas limitaciones y condiciones para las barracas de carbón, venidos á consideración del Poder Ejecutivo por apelación de los propietarios de éstas,—

Resultando: 1.º Que la Junta Económico-Administra-

tiva de la Capital, en vista de que las medidas reglamentarias impuestas á las barracas en el año 1903 y aprobadas por el Gobierno fueron dejadas sin efecto por una sentencia del Tribunal, la cual declara al mismo tiempo que así que se dictara la reglamentación impuesta por la ley, los barraqueros deberán someterse á sus disposiciones, dictó con fecha 8 de octubre de 1907 una ordenanza de carácter general, estableciendo entre otras obligaciones para las barracas ó depósitos de carbón, estar techadas y cerradas hasta la cubierta las situadas dentro del Boulevard Artigas; solicitar permiso para las nuevas construcciones, habilitaciones ó modificaciones de locales con arreglo á determinadas prescripciones; que el carbón antes de ser extraído de las embarcaciones deberá ser regado para evitar el desprendimiento del polvo; que los depósitos ó barracas existentes deben cumplir la obligación del cierre y techado, dentro de seis meses y la de riego dentro de diez días; y que las disposiciones enunciadas no son aplicables á las barracas ó depósitos situados al Oeste de la Rampla, desde la calle Venezuela hacia el Norte; 2.º Que las barracas se han opuesto al riego del carbón por diversas razones, y entre otras por la del inminente riesgo de incendio; y al cierre de los locales por las dificultades que ocasionaría al trabajo y el perjuicio para los trabajadores, y finalmente porque debiendo señalarse ubicación á las barracas por la Comisión encargada de estudiar la de los servicios del Puerto, consideran equitativo se espere su opinión y la consiguiente instalación de los nuevos locales; 3.º Que por separado la Compañía del Gas pidió aclaración á la Junta respecto de sus depósitos de carbón, y el personal técnico municipal estableció que algunos de los locales de aquella Compañía situados al Sud de la ciudad están techados y que deberá atenderse para resolver el punto las diferentes condiciones en que se encuentran estos depósitos por su ubicación y destino y si causan perjuicio á los vecinos, no habiéndose completado la información ni expresado la Junta nada al respecto; 4.º Que el señor Fiscal de Gobierno de 2.º Turno estima que este asunto en lo relativo á las barracas del Puerto y destinadas á servir principalmente las necesidades de éste, corresponde más bien á la administración central que á la municipalidad, y que debe desaprobarse la ordenanza y resolverse, previamente á la reglamentación, la ubicación de las barracas, de acuerdo con el Ministerio de Obras Públicas;

Considerando: 1.º Que la reglamentación de las barracas ó depósitos de carbón, como la de todos los establecimientos incómodos, peligrosos é insalubres, es de atribución municipal (Ley Orgánica, artículo 12, inciso 14, letra F), y que la dictada y objeto de esta resolución se refiere á barracas y depósitos situados en la ciudad y debe entenderse, por lo tanto, dentro de la esfera de acción municipal, sin perjuicio de las autorizaciones y reglamentaciones que correspondan á la administración central con relación al Puerto y á cualquier otro destino ó servicio;

2.º Que las prescripciones de la ordenanza apelada en cuanto á ubicación, cierre y condiciones higiénicas de trabajo, están debidamente fundadas y pueden mantenerse sin inconveniente, mientras que por vía separada se determina la situación definitiva dentro de los servicios é instalación del Puerto, de los locales para desembarco, depósitos, provisión de carbón á los buques, etc.;

3.º Que la disposición relativa al riego del carbón resulta, de las fundadas impugnaciones de los barraqueros, de serios inconvenientes y perjuicios, á cambio de una provisión que tendrá escasa importancia al establecerse

las barracas fuera de los núcleos más poblados de la ciudad y manipular el carbón en las condiciones prescriptas, aparte de que esa medida puede considerarse de atribución de las autoridades portuarias, en cuanto trata de aplicarse en las embarcaciones;

4.º Que en vista de la situación en que se encuentran las barracas y depósitos del Noroeste de la ciudad, por las gestiones para obtener ubicación en el Puerto y plazo consiguiente para el cumplimiento de la ordenanza apelada, puede concederse una prórroga razonable y definitiva de la que de hecho le ha otorgado la Junta con motivo de esta apelación.

Se resuelve:

1.º Confirmar la ordenanza de la Junta Económico-Administrativa de la Capital del 8 de octubre de 1907, relativas á las barracas y depósitos de carbón, con las siguientes supresiones, modificaciones y aclaraciones: a) La supresión del artículo 5.º que obliga al riego del carbón de piedra antes de ser extraído de las embarcaciones; b) que el plazo de seis meses fijado por el artículo 2.º para el cumplimiento de las prescripciones de la ordenanza para las barracas ó depósitos existentes se contará desde la fecha de esta resolución; c) que los depósitos de la Compañía del Gas quedarán comprendidos en las disposiciones generales de la ordenanza, pudiendo conceder la Junta alguna tolerancia respecto del cierre y techado mientras ella no ocasione perjuicios al vecindario; d) que no obstante la aprobación de las medidas reglamentarias de esta ordenanza, queda á salvo el derecho de la administración general, á permitir y reglamentar los depósitos de carbón con arreglo á las disposiciones que se adopten respecto de los servicios del Puerto y otros;

2.º Que se comunique, inserte y publique y vuelva á la Junta Económico-Administrativa de la Capital.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Contratos de edición, suscripción y representación ⁽¹⁾

(Conclusión)

Esta ley no se ocupa del contrato de edición, sino en cuanto hace relación á las obras literarias ó musicales, omitiendo lo que se refiere á los dibujos, fotografías y modelos industriales. El legislador ha convertido en precepto legal las prácticas establecidas y las decisiones de la jurisprudencia concordantes con el Código Civil: este Código rige como supletorio de la referida ley; el de Comercio no se aplicará sino cuando el contrato tenga carácter mercantil; los preceptos de la ley son sólo interpretativos ó supletorios, pues las partes pueden derogarlos por la convención.

Tiene la ley alemana cincuenta artículos, con el contenido siguiente: el 1.º define el contrato; del 2.º al 9.º se consignan las restricciones del derecho de autor que constituyen el derecho llamado de edición; los 10 á 27

determinan los derechos y obligaciones de este contrato; el 28 especifica el modo de transmitir ó ceder este contrato; los 29 á 38 se ocupan de los efectos que producen la muerte del autor y la quiebra del editor; los 39 á 47, derechos sobre obras colectivas, colecciones, obras compuestas según las indicaciones del editor; los 48 á 50, personas que intervienen en el contrato, juez competente para todo lo litigioso.

Las demás legislaciones contienen sobre este contrato diversos preceptos esparcidos en las leyes de propiedad literaria ó artística, en otras especiales ó en los Códigos civiles.

Para caracterizar bien el contrato de edición, conviene distinguirlo de otro que pudiera confundirse con él y que no es sino una clase especial de arrendamiento de servicios, esto es, el contrato por el cual el dueño de una imprenta se obliga, con respecto al autor de una obra literaria ó científica, á la impresión de ésta por un precio determinado.

En un sentido más amplio, el contrato de edición es aquel en que una persona (el autor ó quien tenga sus derechos) cede, con ó sin retribución, los derechos de reproducir una obra y vender los ejemplares, á otra persona (editor), obligándose ésta á la publicación de la obra cedida y á ponerla en venta. Es, pues, un contrato consensual, bilateral y oneroso, en cuanto por él, sin necesidad de entrega real de la cosa, que á veces ni siquiera se ha producido aún en el momento del contrato, ambas partes se obligan con vínculos completamente recíprocos. Es un contrato *sui generis* que puede tener analogías con la donación en el caso de no asignarse el autor remuneración alguna, pero difiere de ella en que en ésta una de las partes no se obliga á cosa alguna, mientras que en el contrato de edición ambas partes resultan obligadas, aun en el caso de gratuidad del autor.

Este contrato es propiamente civil para una de las partes, el autor; pero es siempre mercantil para el editor, porque éste realiza actos intermedios entre el productor (el autor) y el público y constantemente se propone realizar un lucro, reuniendo así los caracteres objetivo y subjetivo de los actos mercantiles. Verdaderamente, con arreglo á nuestro Código, no se puede dudar que sea una compraventa mercantil, puesto que el editor, verdadero comerciante, compra una cosa mueble para venderla con ánimo de lucrar en la reventa. Pero los legisladores alemán y suizo no sólo no han hecho del precio en este contrato un requisito esencial, puesto que puede no consignarse, según ya hemos dicho, sino que especialmente imponen siempre al editor la obligación de publicar la obra y vender los ejemplares, constituyendo esto la característica del contrato; así, difiere de la compraventa, pues en ésta el comprador es completamente libre de usar ó de no usar de la cosa.

No estando sujeto este contrato á formas determinadas, puede estipularse, bien consintiendo el autor la impresión de una ó varias ediciones en un número determinado de ejemplares, bien cediendo incondicionalmente el manuscrito ó original, bien asociándose al editor y subordinando el precio al éxito de la obra.

El autor está obligado á entregar el original en el tiempo establecido; suele ocurrir que el original no se entrega todo de una vez, y entonces, si el autor no cumple la total entrega, no pudiendo el editor forzarle á ello, se ha de dar el contrato por rescindido, con la consiguiente indemnización. Los puntos que se refieren á la extensión de la obra, al tiempo y al modo de su publicación, deben entenderse con latitud, pues no es posible á un autor determinar con precisión la amplitud

(1) Ver el número anterior.

de una obra antes de haberla terminado, ni el tiempo necesario para acabarla.

El autor está obligado además á garantir el derecho exclusivo que él tiene de disponer de la obra y de no publicarla ó hacerla publicar hasta que no se hayan agotado las ediciones cedidas al editor ó hasta que no haya transcurrido el tiempo por el que fué cedido el derecho del autor.

A su vez el editor debe pagar el precio estipulado y publicar la obra en el tiempo y modo convenidos. Durante la impresión, el autor puede introducir cambios en el original que no desnaturalicen el carácter de la obra y no ocasionen gastos imprevistos al editor, el cual, en este caso, tendrá derecho á compensación. El editor no puede introducir cambios sin consentimiento del autor.

Agotada la edición, el editor tiene el derecho y la obligación de preparar otra si el contrato comprendiese más de una, ó bien el contrato se refiriese á la absoluta propiedad sin limitar las ediciones, ofreciendo al autor el derecho de hacer los cambios que estime oportunos, con la compensación consiguiente si suponen mayores gastos de impresión.

Si no se fija límite en el contrato, se entiende que la venta es de la primera edición. El autor no tiene derecho á reproducir la obra sino cuando se hubiesen agotado los ejemplares de la última edición puestos á la venta. Si se hizo la venta total de la propiedad sin reserva alguna, se entiende vendido el derecho de reproducción, traducción, etc., por la vida del autor y veinticinco años después, ó ochenta si aquél no tuviese herederos forzosos. Vendido el derecho de reproducción, no se entiende vendido el de traducción. Cuando la obra sea anónima, se considera propiedad del editor, si el autor no demostrase la existencia de su derecho inscripto en el Registro de la propiedad intelectual. Si no se convino en el precio de la venta de los ejemplares vendidos, no puede el editor fijarlo tan elevado que se haga casi imposible la circulación de los ejemplares; si tampoco se convino plazo para la publicación, el editor ha de hacer ésta en el término ordinario de las publicaciones de idéntica clase. Aun cuando se hubiera vendido á un mismo editor el derecho de reproducción de varias obras separadamente, no puede hacer con ellas una sola publicación; pero aun habiendo vendido el derecho de reproducción de sus obras, puede el autor ó su derechohabiente, si quiera no se hayan agotado los ejemplares de las ediciones particulares de cada una de ellas, hacer la publicación de sus obras en colección. (1)

El contrato de edición se extingue si antes de que la obra se haya terminado muere el autor ó se incapacitar, ó también si le fuese imposible terminarla sin culpa alguna de su parte. Si entregado el manuscrito pereciese por caso fortuito, corresponde al autor el precio fijado, pero con la obligación, si poseyese otra copia, de entregarla al editor. Igualmente, si la edición, después de estar preparada, pereciese por caso fortuito, el editor puede reproducir á sus expensas los ejemplares destruidos. En caso de quiebra del editor, si los acreedores de éste no prefieren mantener el compromiso, el contrato se considerará rescindido y el autor libre de conceder á otro la edición.

Suscripción.—Mediante este contrato, un editor ó librero se obliga á suministrar á varias personas una obra literaria, científica ó artística, á medida que se vaya publicando, por entregas, cuadernos, tomos, etc., por un precio determinado para toda la obra, ó para cada entrega, tomo ó cuaderno.

Este contrato se llama en italiano de *associazione libraria*; pero la traducción literal de este vocablo al castellano no tendría fácil inteligencia, y como la forma más común de aquél es la de suscripción, puede llamarse en general de este modo, en tanto adquiera ingreso en nuestro derecho, cosa bien necesaria, pues lo es una disposición que ponga coto á los muchos abusos que las suscripciones han producido.

El adquiriente de la obra (suscriptor) no practica con esto un acto mercantil, pero el editor si lo practica, bien por sí, bien por medio del librero, entendiéndose por tal el que contrata con el editor cierto número de ejemplares para venderlos después á los suscriptores.

La forma de este contrato suele ser un prospecto que contiene el título y las condiciones de publicación de la obra, y de este prospecto se infieren los derechos y obligaciones de las partes. Podría también celebrarse el contrato verbalmente, pero de la circunstancia de haber obtenido uno ó varios cuadernos de una obra que el editor envía por suscripción, no puede deducirse que exista el contrato.

Algunas veces el contrato de suscripción presupone relaciones entre el editor y el autor y se funda en gran parte en estas relaciones, es decir, en el *contrato de edición*, de que ya nos hemos ocupado.

Representación.—Respecto de las obras artísticas, musicales y dramáticas, procede hacer una distinción fundamental entre el derecho de reproducirlas en varios ejemplares simultáneos ó sucesivos, y el derecho de presentarlas en exposiciones, ejecutarlas en conciertos ó representarlas en la escena. Este último derecho da lugar al *contrato de representación*, por el cual el autor de un trabajo adaptado para un espectáculo público, ó sus derechohabientes, ceden, mediante un precio, el derecho de hacerlo representar ó ejecutar.

Comprende este contrato una serie de numerosas relaciones de la empresa teatral con el autor ó editor de la obra, con los artistas, con el público y aun con la autoridad, en lo que respecta para esta última á la inspección que le corresponde sobre los teatros y lugares de espectáculos. El empresario realiza verdaderamente un acto mercantil: ya contrata con el autor, ya con el público, ya con los artistas; pero el acto no es mercantil para estas otras partes; lo es á veces para el editor que habiendo adquirido el derecho de representación, lo cede al empresario por un tanto alzado ó por una cantidad en cada representación.

Presenta, pues, este contrato mucha analogía con el de edición, y á veces está comprendido en el mismo. Sin embargo, á diferencia del contrato de edición, cuando se trata de un trabajo ya representado, el empresario que adquiere este derecho del editor, no contrae la obligación de hacer la representación, sino tan sólo adquiere la facultad de hacerla.

El contrato se considera rescindido si la obra no es del agrado del público ó no puede ser representada por prohibición de la autoridad. Los contratos entre el empresario y los artistas y entre aquél y el público, son regidos por las costumbres teatrales, generales ó locales, que una vez probadas constituyen la ley aplicable.

LEOPOLDO GONZÁLEZ REVILLA.

(1) Véase la Ley y Reglamento de propiedad intelectual citados y la jurisprudencia establecida por el Tribunal de lo Contencioso en los pleitos entre la sucesión del litigado Gil de Zárate y el editor de sus obras; auto de dicho Tribunal de 30 sept. 89, S. 19 mayo 90 y R. D. 29 julio 94, admitiendo el recurso de revisión contra esta sentencia.

CRÓNICA

PÓLIZAS DE SEGURO.—VALOR DE LAS CLÁUSULAS ESCRITAS QUE ESTÁN EN CONTRADICCIÓN CON LAS IMPRESAS.—MOMENTO EN QUE EMPIEZA A SER EFICAZ EL CONTRATO DE SEGURO.

Con motivo de la antinomia existente entre una de las condiciones generales que, impresas, figuran en las pólizas que la Compañía aseguradora de incendios «La Unión y el Fénix Español» entrega á sus abonados, y otra condición manuscrita que la Compañía Arrendataria de Tabacos agregó á la póliza correspondiente al asegurar la fábrica que la misma posee en Sevilla, surgió una interesante cuestión judicial, acerca del momento en que el contrato de seguro comienza á surtir efectos legales.

El hecho que dió origen á la discusión fué el siguiente: En 1.º de agosto de 1902, la Compañía Arrendataria de Tabacos aseguró contra el riesgo del incendio su fábrica de Sevilla, conviniendo con la Sociedad «La Unión y el Fénix Español» las condiciones generales del contrato y algunas particularidades que manuscritas se agregaron á continuación de aquéllas. El día 8 del mismo mes hizo el asegurado el pago de la primera anualidad, y el mismo día 8, por la noche, se produjo un incendio en la fábrica referida, que casi la destruyó.

La Compañía aseguradora reclamó, como era natural, el pago de la indemnización concertada para el supuesto ocurrido, mas «La Unión y el Fénix Español» se negó terminantemente al abono solicitado, fundándose en que una de las condiciones impresas de la póliza suscrita por la Tabacalera establece que en todo caso no empieza el seguro á tener efecto hasta las doce del día siguiente al en que la Compañía aseguradora haya recibido del asegurado la primera prima; condición abusiva que tienen fijada la mayoría de las Sociedades de seguros.

Llevado el asunto á los Tribunales por la Compañía Arrendataria de Tabacos, llegó el pleito hasta el Tribunal Supremo, en cuya sala de lo Civil el señor Canalejas defendió la buena y legal doctrina, representando á la Sociedad aseguradora; pues sin negar la eficacia que pudiera tener en cualquiera otro supuesto la cláusula impresa por la Compañía «La Unión y el Fénix Español», en sus pólizas, referente al momento en que comienza la responsabilidad del asegurador, que en el caso de autos sería ateniéndose á la misma, desde las doce del día 9 de agosto de 1902, consideró que en el presente pleito había que tener en cuenta, muy mucho, la estipulación manuscrita agregada por la Compañía de Tabacos á la póliza expresada, en la que con carácter especial se decía concreta y determinadamente que el seguro de la fábrica de Tabacos de Sevilla se hacía por diez años y cinco meses, contados desde las doce del día 1.º de agosto del año 1902, condición que fué aceptada por «La Unión y el Fénix Español», toda vez que suscribió la póliza.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de la Arrendataria de Tabacos para reclamar de la Compañía aseguradora la indemnización por el siniestro origen del pleito, condenando á «La Unión y el Fénix Español» al pago de la cantidad estipulada, más los intereses legales correspondientes á la suma debida desde 1902. Los principales fundamentos de derecho de la sentencia, son los siguientes:

«Considerando que supuestos los antecedentes de la cuestión, es obligado tener presente como regla de criterio aplicable para la resolución de aquélla, que la cláusula manuscrita contiene una verdadera excepción de los

principios que regulan la materia de los contratos, á tenor de los que, su cumplimiento, efectos y acciones derivadas de los mismos, comienzan desde el instante en que se perfeccionan;

«Considerando que la expresada condición que forma parte del patrón ó modelo que «La Unión y el Fénix Español» tiene establecido para sus contratos, fué, en este caso concreto, modificada é invalidada por el pacto especial y expreso contenido en la condición particular que concreta y determina de una manera categórica la estipulación cuya cláusula, como singular y particularmente concertada para contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta intención de las partes, en el preciso extremo de que los efectos del seguro comenzasen en la hora y fecha establecidas en la póliza, derogando y anulando de esta manera la condición general referida;

«Considerando que acreditado que el pago de la primera prima se efectuó en la mañana del 8 de agosto, es, pues, indudable que de este mismo instante quedó obligada la Compañía aseguradora y le era exigible la indemnización del siniestro ocurrido después de cumplida aquella formalidad por el asegurado, ya que si cobraba desde el 1.º de agosto, no sería racional, ni legal, entender diferido el riesgo al transcurso del plazo señalado en la condición general, hallándose como se halla éste en oposición con lo expresamente convenido, que quedaría en otro caso desprovisto de reciprocidad.»

(De la «Revista de los Tribunales».—Madrid)

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 15--AÑO XV

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO, por el doctor José Irueta Goyena, pág. 225.

UN CASO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA:

Qual es el procedimiento á seguir para ejecutar un laudo arbitral recaído en una rendición de cuentas por liquidación de sociedad mercantil. El laudo desecha las cuentas presentadas y dispone que se presente nueva cuenta según las bases que indica. El obligado á rendir la cuenta entiende que debe seguirse el procedimiento que el Código señala para el caso de liquidación de frutos ilíquidos, por el doctor Carlos María de Pena, pág. 231.

JURISPRUDENCIA:

No procede llenar el requisito constitucional de la conciliación cuando se trata de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (caso 5.º, artículo 2.º de la ley de 26 de octubre de 1907.) Ni el artículo 107 de la Constitución, ni el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil son aplicables, porque no existe verdadera contienda legal sometida á la decisión de los jueces en estos casos. El artículo 44 de la ley de divorcio comprueba, por lo demás, esta solución, pág. 233.

LAS BARRACAS DE CARBÓN Y LA ORDENANZA DE LA JUNTA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA, DEL 10 DE OCTUBRE DE 1907, pág. 235.

CONTRATOS DE EDICIÓN, SUSCRIPCIÓN Y REPRESENTACIÓN, por el doctor Leopoldo González Revilla, pág. 238.

CRÓNICA:

Pólizas de seguro.—Valor de las cláusulas escritas que están en contradicción con las impresas.—Momento en que empieza á ser eficaz el contrato de seguro, pág. 240.

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Aroca, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero, Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grana, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tío, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 30 DE ABRIL DE 1909

NUMERO 16

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

(Continuación)

En la cárcel de Fresnes, que según hemos dicho ha servido de modelo a la nuestra, además de dicho camino, existe una lonja contigua de tierra, en la cual se han hecho pequeñas casitas para alojamiento ordinario de los empleados del establecimiento y de sus familias. La vigilancia externa de la cárcel, está naturalmente ejercida por éstas. Atendida la distancia a que se halla la cárcel de la ciudad y la lentitud de las comunicaciones, convendría hacer lo mismo entre nosotros. La expropiación de una faja de terreno, en los lados Norte y Sur que tuviesen de frente cada uno 45 metros y de fondo todo el de la cárcel, bastaría para ello. En este sentido haremos algo, en el momento oportuno, desde el honroso cargo público que actualmente desempeñamos.

Un deber de sinceridad nos obliga a manifestar que dos meses después de haber sido escritas estas líneas, al iniciar las gestiones relativas ante el H. Consejo, nos apercibimos que esa iniciativa había sido ya tomada por el Departamento de Ingenieros. La terminación de este edificio permitirá trasladar a él los reclusos de la Penitenciaría, y alojar en ésta los huéspedes de la Cárcel Correccional. Habrá llegado entonces el momento de preguntarse qué régimen debe imponerse a los penados y prevenidos que se alojan en este establecimiento carcelario. ¿Será el de Auburn, el irlandés, el celular? Sólo entre esos sistemas cabe racionalmente plantearse el problema. Nadie, lo esperamos, existiendo una prisión celular disponible pensará en consagrar con una ley la inmoral promiscuidad actual. Cuentan que Mirabeau, visitando un día la prisión-hospital de Bicetre, impresionado por la mezcla espantosa de enfermos y viciosos que allí existía, no pudo menos que exclamar: «Yo sabía como todo el mundo que Bicetre era a la vez un hospital y una prisión; pero ignoraba que el hospital hubiese sido construido para engendrar enfermedades y la prisión para incubar criminales». Muchas veces en nuestras visitas a la Cárcel Correccional, nos ha asaltado el recuerdo de esas elocuentes palabras. La prisión común, está ya definitivamente juzgada; nunca ha sido otra cosa que un expediente, y sólo como un expediente podría continuar figurando por algún tiempo en el sistema penitenciario de las naciones civilizadas.

(1) Ver números 13 y 15, año corriente.

Digamos, pues, entre los sistemas racionalmente aceptables, cuál es, á nuestro juicio, el mejor; esta opinión que será emitida con toda libertad, no excluye por cierto una profunda é ingénita desconfianza en nuestras fuerzas.

Se recordará tal vez que el revisar los sistemas penitenciarios nos declaramos en teoría firmes partidarios del belga, lo que no impidió que justificáramos prácticamente el adoptado en nuestro país, por razones de carácter local. Dijimos entonces, que el sistema belga, era en esencia una ingeniosa combinación de la celda y el patronato, y que por esa circunstancia sólo podía dar buenos resultados en aquellos países donde esta grandiosa institución de la tutela penal se hallase regularmente organizada. Esto no ocurre todavía en el Uruguay, pero puede suceder en un futuro próximo, mediante un poco de buena voluntad. Existe ya un embrión de patronato, cuyo completo desarrollo puede obtenerse en cualquier momento. No es, felizmente, el germen de la caridad uno de los menos fecundos en nuestra humanitaria sociedad. El factor más eficiente de una reforma es sin duda alguna, la necesidad; hay un sistema político que consiste en crear las necesidades, para precipitar la formación de las instituciones. La soledad del pobre penado no tardaría mucho en llegar al corazón de los hombres generosos.

De todos modos, no nos parece que la organización del patronato implique tales dificultades que excluyan perentoriamente un ensayo parcial de la celda continua. La pena de prisión es la más indicada por su brevedad para esta experiencia penitenciaria. Los enemigos de la celda continua van disminuyendo cada día; los pocos que restan, actualmente sólo la combaten en cuanto á las condenas de gran duración; respecto á las cortas penas, reconocen la conveniencia del aislamiento celular.

No examinaremos si existe lógica en esta concesión: bástenos saber, que pocos movimientos científicos se han perfilado con tanto relieve. La unanimidad de pareceres relativamente á este punto se nota en la doctrina y se repite en la legislación. En favor de la reclusión celular para la pena de corta duración, se ha manifestado la Unión Internacional de Derecho Penal, cuya importancia científica no requiere ser encarecida, así como el ilustre Congreso de Roma. Igual consagración ha recibido la celda, en los demás congresos donde esta cuestión ha sido tratada directa ó incidentalmente. Se recordará la cita hecha en páginas anteriores del de Bruselas, el más reciente de todos. Creemos que la notoria autoridad de estas opiniones nos eximen de aducir otras menos importantes.

Si de la doctrina se pasa á la legislación, se echa de ver que con excepción de la de Bélgica y Holanda, Portugal y Hungría y algunas otras naciones que establecen la reclusión celular aun para las grandes condenas; casi todas las demás la prescriben respecto de las pequeñas penas. Así en Francia, la prisión inferior á un año y un día, en Italia la reclusión inferior á seis meses, en Austria las penas inferiores á diez y ocho meses, en Suecia las menores de dos años, en España las de uno, se sufren en celda. En Alemania el aislamiento no puede imponerse por más tiempo que el de tres años, sin consentimiento del penado, en Dinamarca no debe superar á seis años, en Hungría diez, en Holanda cinco, en Bélgica diez.

Sólo Hungría que sepamos, se descarta de la regla según la cual las cortas penas privativas de libertad deben cumplirse en celda; las leyes de este país exigen, en efecto, para la aplicación del régimen celular, que la pena sea mayor de un año. Esa excepción se halla establecida también en un proyecto de Código ruso de 1881; en

cambio, en un proyecto mucho más reciente, también ruso, de 1897, la pena de prisión cuyo máximo se fija en un año, debe ser celular.

Citemos también el acuerdo de los estados de Prusia. Sabido es en qué consiste. Ese país, á pesar de tener un Código Penal, carece de disposiciones uniformes respecto al modo de ejecución de la pena. De ahí que cada Estado observase un sistema que difería poco ó mucho del observado en los demás. Al efecto de hacer cesar esta anarquía tuvo lugar en ese país una *entente* general de Estados en 1897. Pues bien: en esa convención se arribó á la conclusión de que la celda debía reservarse á cierta categoría de penados, compuesta por los condenados á menos de tres meses de prisión; los menores de 25 años, y los que no hubiesen sufrido anteriormente pena de reclusión, de prisión ó detenciones policiales de carácter grave.

Algo así deseáramos ver implantado en nuestro país: la pena de prisión debía ser celular. No hay motivo alguno, teniendo una cárcel apropiada, para que el Uruguay quede rezagado en la aplicación de esta capital reforma penitenciaria. Hágase cuando menos el ensayo; no será mostrarse muy aventurado el ejercitar parcialmente, á título de experiencia, lo que otras naciones de mayor cultura han adoptado como práctica regular de sus instituciones penitenciarias. Las circunstancias locales no pueden influir hasta el punto de que en el Uruguay sea un desastre, lo que en Bélgica es un beneficio: *tutto il mondo é paese*, dice un sabio aforismo italiano. Las sociedades políticas viven tanto de sus experiencias propias como de las ajenas; no hay éxito ni fracaso, cuyos efectos se circunscriban al teatro de los hechos; el mundo vive de una comunión infinita. Hay, pues, razones para creer fundadamente que el régimen celular, que ha triunfado en todas partes, triunfe también entre nosotros.

El doctor Gribaldi, en un libro sobre el régimen penitenciario del país, atribuye á la influencia de la celda los trastornos mentales de la población carcelaria. Esta afirmación es verdaderamente grave por tratarse de la opinión de un hombre de positivo mérito científico: merece, por consiguiente, que le dediquemos algunos momentos de examen.

El hecho que tanto parece alarmar á nuestro ilustrado amigo y que motiva aquel juicio, es que la estadística carcelaria arroja una proporción de locos que alcanza á la cifra de 7.70 %. El coeficiente de la población honesta en nuestro país es mucho menor. Comparando varios años estadísticos, hemos observado que oscila alrededor de 1 %; es decir, una proporción ocho veces menor que la precedente. Analizada en sí misma, esa cifra no tiene nada de halagüeña: la estadística de Von Mayr acusa sólo un demente por 1,446 sujetos, en el conjunto de las naciones civilizadas. Aún con esta elevación en el porcentaje de la población libre la diferencia con la población carcelaria subsiste y es bien considerable. Cabe, pues, preguntarse si se trata de un hecho regular ordinario, normal, ó si por el contrario, revela una desviación en el proceso natural de los fenómenos. Creemos firmemente que es lo primero. En las cárceles, ya sean celulares, ya comunes, hay siempre un número mayor de enajenaciones mentales.

Nada mejor constatado. Así en Rusia, según cálculos de Sommer, se cuenta en las prisiones un loco por 20 ó 40 criminales, mientras que la población libre da uno por 250 á 400. En Inglaterra la proporción es de 60 %, á pesar del gran número de dementes que se alojan en los hospicios criminales. En Italia es de 49 % en cifras oficiales y de 30 % según cálculos de Lombroso. Semal

encuentra 155 locos sobre 100,000 reclusos belgas y sólo 132 sobre 100,000 habitantes libres. La causa de ese fenómeno no está en la prisión sino en la organización patológica de los prisioneros. Nadie ha desmentido seriamente esta etiología desde que Bruce Thompson, médico interno de la cárcel de Perth, lo afirmó por primera vez. Los estudios y observaciones posteriores de Macidolez, Morel, Feré, Laurent, Lombroso, Kraf Ebbing, y tantos otros médicos y psiquiatras distinguidos, no han hecho más que robustecerla. La teoría de la degeneración como explicación absoluta del crimen puede ser falsa, pero no lo es discretamente reducida a la afirmación de que los degenerados pagan un fuerte tributo a la criminalidad.

Lo absurdo de esa doctrina consiste únicamente en su exageración: no es verdad que todos los criminales sean degenerados, ni que todos los degenerados sean criminales, pero sí lo es que la miseria fisiológica tiene una intervención eficazísima en la embriología del vicio y la inmoralidad. Citemos a Bruce, no porque tengan más autoridad sus palabras que las de los otros profesores mencionados, sino por consideración a su precedencia histórica. Dice este autor: «En todo el curso de mi práctica no he visto jamás una acumulación de caracteres mórbidos como el espectáculo que se me presentaba, cuando después de muerto un detenido, examinaba su cadáver. No había, puede ser, uno sólo entre tantos, de quien se pudiese decir que había muerto de tal enfermedad, pues cada uno de los órganos de su cuerpo estaba más ó menos enfermo, y si alguna cosa me admiraba, es que la vida pudiese ser conservada en un organismo tan alterado».

La locura del criminal en muchos casos es preexistente a su ingreso a la cárcel; ésta hace que el mal hasta entonces latente y subrepticio explote bajo una forma ostensible. La circunstancia de que el trastorno mental se declare en los primeros meses de la detención, presta a esta inferencia de Lombroso una gran base de probabilidad científica. El hecho en sí mismo parece, por otra parte, indiscutible. Así, en 514 casos de locura declarados, en las prisiones de Bélgica, durante 20 años, 50 % explotaron el primer mes, y 80 % en el curso del primer año. En Brischsal y Dinamarca, datos del mismo Lombroso:

10—10 % se volvieron locos en los seis primeros meses
21—33 » » » del 7.º al 12.º mes
29—36 » » » 1.º » 2.º año
22— » » » 2.º » 3.º »

La diferencia, pues, entre el promedio de locura en la población libre y el de locura carcelaria, observada en el Uruguay, es un fenómeno ordinario, cuyo sentido etiológico no puede ser en él distinto de lo que es en otras partes.

El medio más certero de investigar si la celda ejerce ó no influencia sobre el estado mental de los presos, es comparar el coeficiente de alienados que arroja la cárcel celular y las comunes. Nosotros hemos hecho esa operación inexplicablemente descuidada por el doctor Giribaldi. Respecto de nuestro país, los resultados que ella suministra no pueden ser más satisfactorios en favor de la lenidad de la celda. He aquí esos cuadritos estadísticos tal como los hemos formado consultando los archivos de la Cárcel Penitenciaria y de la Correccional:

PENITENCIARIA

AÑOS	Ingreso en el Manicomio	Existencia media	Proporción ‰
1896	4	322	
1897	6	339	
1898	5	355	
1899	5	350	
1900	7	370	
1901	5	379	
1902	5	400	
Totales . . .	37	2,515	14 ‰

CÁRCEL CORRECCIONAL

AÑOS	Ingreso en el Manicomio	Existencia media	Proporción ‰
1895	4	268	
1896	3	301	
1897	4	289	
1898	4	270	
1899	6	273	
1900	4	289	
1901	11	286	
Totales . . .	36	1,976	18 ‰

Como se ve, mientras la Cárcel Penitenciaria sólo arroja un promedio total de 14 ‰, la Correccional da 18 ‰. Esto mismo se observa comparando las cifras parciales. La diferencia en realidad es mucho mayor de lo que revela la estadística. En efecto: hay que hacer notar que la población de la Penitenciaria se renueva mucho menos prontamente que la de la Cárcel Correccional, y así como un hombre tiene más probabilidades de enloquecerse en diez años que en uno, lo mismo ocurre tratándose de una colectividad de seres humanos. Apenas si la trigésima parte de los sujetos reclusos en la primera cárcel permanecen allí dos años; en cambio puede calcularse que una tercera parte de los condenados a penitenciaría no salen del establecimiento antes de los quince años.

¿Qué tendría entonces de raro, que esta cárcel diera un promedio mayor de locos? Pero no es esto sólo: la estadística oculta muchos casos, que es preciso inquirir para darles su verdadero sentido. La población de una y otra cárcel difieren además bajo el punto de vista de la edad, que es un factor importantísimo tratándose de un fenómeno como la locura, que respecta en general los organismos jóvenes. Es preciso hacer notar que a la Penitenciaría van pocos sujetos menores de veinte años, mientras que a la Correccional se envían diariamente un buen número de jóvenes y niños, acusados de ratérias y otros pequeños delitos. Esa circunstancia, como la anterior, modera el significado de la cifra estadística relativamente a la prisión común.

Las cifras estadísticas de la Penitenciaría son suscep-

tibles por otro lado de una pequeña rebaja. Hay alienados que figuran por dos veces en ella, por haber sido enviados un número igual de ocasiones al Manicomio. No debería ser así, sin embargo. La estadística nuestra es de locos y no de locuras; por consiguiente este fenómeno no puede ocupar lógicamente el lugar de aquél.

¿Se quiere decir con esto que la prisión común es más perjudicial a la razón de los criminales que el régimen celular? No por cierto. Los datos precedentes son susceptibles de otra interpretación, como lo demostraremos en un trabajo actualmente en embrión; pero entretanto, estamos autorizados para afirmar que los cargos que se dirigen al régimen celular del punto de vista de la integridad mental, no son más fundados en el Uruguay que en otras partes. Sólo una circunstancia podría echar nuestra tesis por el suelo; y es la falsedad de los datos que nos han servido de andamio para llegar á esa inducción. Como se habrá observado, no concuerdan con los del doctor Giribaldi; él da un promedio de 7.70 % de locuras carcelarias y nosotros hallamos una proporción de 16 %. No creemos sin embargo habernos equivocado: aunque nuestro error sería más lógico que el del doctor Giribaldi, por esta vez, opinamos que la lógica no se cumple y que es él el equivocado.

Convenimos, pues, en que la prisión debe ser celular, con sujeción á un régimen como el establecido en Bélgica. Si el plazo de dos años pareciera muy largo, no obstáramos para que la prisión sufrida bajo esa forma aparejase *ipso jure* una reducción de pena como sucede en Bélgica, en Francia, en Noruega, en Dinamarca y en algunos cantones suizos. Podría, por ejemplo, darse á la reclusión celular carácter á la vez coercitivo y facultativo, estableciendo un límite por debajo del cual la celda fuese obligatoria y por encima del cual fuese voluntaria. Ese límite no es exagerado fijarlo en un año. Los condenados á menos de ese plazo serían todos reclusos celularmente, y los condenados á más tiempo sufrirían el primer período bajo ese régimen y el resto de la pena bajo otro más distinto y más benigno, á su elección; pero si optaran por aquél, tendrían derecho á la reducción de un cuarto de la pena. El sistema complementario podría ser el vigente en nuestra Penitenciaría.

Una observación nos parece muy conveniente hacer relativamente á la celda continua. Hay sujetos que por anomalía de temperamento, ó por causas patológicas de diverso orden, no toleran la celda sin grave riesgo de su salud física ó mental. Respecto de éstos, la celda pierde su carácter evidentemente moral, para convertirse en un grosero instrumento de tortura. No hay, pues, que pensar en aplicarles el régimen general. El médico es la persona singularmente adecuada para hacer en los casos necesarios tan piadosa indicación, y su dictamen debe ser adoptado con estricta.

Como se comprende, esta medida no es una innovación legislativa: se halla establecida en Holanda, Dinamarca, Alemania, Austria Hungría y quizá en algún otro país que en este momento ignoramos. El Congreso de Petersburgo votó también una resolución en ese sentido. La transcribimos: «La separación individual se sustituirá por la detención en común para aquellas personas que no puedan sufrirla impunemente por motivos de salud, á causa de su edad avanzada y de sus indisposiciones físicas ó psicológicas».

Este sistema requiere, según lo hemos dicho, el concurso regular de una institución de patronato. Entre nosotros existe una sociedad *nominal* de ese carácter: nos valemos de esta expresión, porque su existencia apenas si se revela en alguno que otro socorro material, sin discerni-

miento, dispensado á los presos que terminan su condena ó salen en libertad condicional. Está, sin embargo, consagrada oficialmente. Se fundó en abril de 1898 por un simple decreto del Ministerio de Gobierno, á instancias del celoso é ilustrado capellán de la Cárcel Penitenciaria doctor Pons. Su organización no ofrece novedad alguna; el iniciador ha adoptado fielmente el plan presentado en 1890 al Congreso Internacional de Anvers, por doña Concepción Arenal. Los miembros del Patronato se dividen, como en ese proyecto, en *visitadores, protectores, hospitalarios, suscriptores y bienhechores*. Visitadores son los que visitan á los presos en las cárceles; protectores, los que ayudan al recluso una vez en libertad; hospitalarios, los que alojan al liberado durante los primeros días mientras no halla colocación apropiada; suscriptores, los que concurren al sostenimiento del patronato con una cuota mensual, y bienhechores, todos los que auxilian bajo cualquier forma á la institución.

El plan en sí nos parece bueno, con una salvedad: los visitadores y protectores deben refundirse en una sola clase. Si se quiere que el penado acate las instrucciones y consejos del Patronato, es preciso que el visitador, único miembro á quien conoce y por quien es conocido, lo espere á la puerta de la cárcel y lo ayude en sus primeros pasos de hombre libre; en una palabra: el miembro protector debe ser el visitador mismo.

La organización que en la práctica se le ha dado á esa institución deja algo más que desear. El defecto, fundamental á nuestro juicio, consiste en el exiguo número de miembros visitadores, compuesto solamente de diez personas. Esta cifra es pequeña: hay que elevarla á 50 ó 60 por lo menos, calculando un visitador por 8 ó 9 penados. Así y todo, resultarán deficientes, pues es preciso contar con los que aceptarán el cargo para no ocuparse jamás de su desempeño, hecho demasiado frecuente en este país. Los que han sido miembros del Consejo Penitenciario, y los mismos estudiantes del aula de Derecho Penal, están especialmente indicados para integrar esa subcomisión del patronato. Así se hace en otras partes.

Ignoramos quiénes son, á qué número alcanzan los miembros hospitalarios. Nos permitimos, sin embargo, observar que los patronos de esta categoría, deben reclutarse en la clase industrial del país. Nadie está en mejores condiciones que un fabricante para ubicar económicamente á un penado, expuesto por la falta de trabajo y de recursos, á caer de nuevo en el delito.

Nos ha llamado también la atención la especie de vigilancia á que quedan sometidos los miembros del Patronato, en virtud de una disposición que acuerda al Director de la cárcel la facultad de asistir á las conversaciones que aquéllos mantengan con los penados. Hubiésemos deseado no ver ese artículo en los estatutos, pues implica una profunda y burda desconfianza en la institución y sus miembros. En Bélgica, los individuos de tales asociaciones tienen el llavín de la celda de sus protegidos en el bolsillo, y nunca esa medida ha originado trastornos en el orden de la cárcel. La inspección, por otra parte, del Director, podía hacerse sin necesidad de una disposición que á pretexto de consagrar las facultades de aquél en el interior de la cárcel, le da margen para hostilizar al Patronato. Esta inofensiva ratificación de sus derechos, nos hace el efecto de una incitación á la hostilidad: mejor hubiese sido guardar silencio sobre ese punto.

Otra observación, para terminar. Los miembros del Patronato los designa el Consejo á propuesta del capellán de la cárcel. ¿Es justa esta intervención? No nos parece. El Patronato es una institución laica, cuyos fines son armónicos en el fondo, con la obra moral del capellán, pero

que no tiene por qué estar sometido á la dirección de éste. Es mucho más aceptable la designación en la forma propuesta por el citado *rapport* de Mad. Arenal, artículo 8.º. Dice así: «Para ser miembro visitador es necesario la aprobación de la Administración, que admitirá ó rechazará los asociados que le designe el Patronato». Si se quisiera prescindir de la intervención oficial en nuestro país, bastaría sustituir la aprobación de la Administración por la del Honorable Consejo Penitenciario.

¿Tendremos necesidad de decir que no es el sectarismo lo que nos mueve á hacer esta observación, sino el justo deseo de combatirlo?

Con esta ligera modificación, si un espíritu fervoroso, amante de la institución, le dedicase parte de sus energías, el patronato daría fatalmente en el Uruguay los benéficos resultados que ha producido en otras partes.

La construcción de la nueva cárcel permitirá introducir una reforma necesaria en la vieja prisión. Diremos cuál. En casi todas las naciones civilizadas existen actualmente asilos ó manicomios criminales. Fundáronse primero en Inglaterra, y más tarde, debido sobre todo á la propaganda de la nueva escuela, se han extendido por toda la Europa. Además de los tan conocidos de Perth en Escocia, de Broadmoor en Irlanda, de Drungum en Inglaterra, existen los de Anversa, Montelupo, Inona en Italia, de Kirgston en el Canadá, de Auburn y de Matteawan en Estados Unidos. A los mencionados debe agregarse el de Puerto Santa María, recientemente fundado en España.

En otras naciones como Prusia y Bélgica no existen manicomios, pero se han agregado secciones especiales en los manicomios comunes.

Nuestra justicia penal demanda también que se haga algo en ese sentido. El malogrado doctor Enrique Castro, en su notable tesis de doctorado solicitada hace ya algunos años, la adopción de esa reforma en el Uruguay, estableciendo un radio *ad hoc* dentro del manicomio general, como se hace en los países que acabo de citar. Dos razones justifican esta medida. En primer término, hay criminales, que por lo vago de su anomalía mental, no están bien ubicados ni en el manicomio, ni en la cárcel, y que hay verdadero peligro en otorgarles la libertad. Su situación es tan especial, que ni son bastante locos para encerrarlos en un asilo, ni bastante normales, para merecer una prisión. El jurado en los países extranjeros, al decir de los más eminentes escritores, resuelve la antinomia en el sentido de la benignidad, absolviendo al encausado, ó condenándolo solamente á una pequeña pena. ¿Qué sucede, decía el Juez Goddyn en el Congreso Antropológico de Bruselas de 1892, si un irresponsable es llevado ante el jurado ó los tribunales? O bien es absuelto por falta de discernimiento, ó bien le son aplicadas las circunstancias atenuantes en mérito á una duda sobre su responsabilidad. En una hipótesis como en la otra, el loco es puesto en libertad no obstante hallarse impelido violentamente á reincidir más tarde y á cometer de nuevo los actos que lo han llevado ante la justicia.» Una observación análoga hace Mr. Guillot en su obra «Les Prisons de Paris».

Existe otra clase de locos criminales, cuya insanía mental no ofrece las mismas dudas, pero que no pueden ser alojados en un manicomio común. Razones de moral, de seguridad y disciplina se oponen simultáneamente á ello. En primer término, no es posible congregar en un mismo establecimiento al demente inofensivo y al criminal que se ha trastornado con posterioridad á su delito, aun cuando no existen manicomios especiales, sin herir hondamente los sentimientos de la sociedad. El primero es un enfermo en el concepto popular, el último es siem-

pre un criminal. Aun los que admitimos el determinismo de las acciones humanas, no podemos menos que aplaudir ese distingo de la conciencia pública, que al mismo tiempo que excusa y compadece la desgracia, fulmina y desprecia el delito: es esta sanción un motivo más que impulsa al hombre al cumplimiento del bien.

Los alienados criminales y los comunes no pueden tratarse en un mismo establecimiento porque aquéllos demandan generalmente una vigilancia más estrecha que estos otros. Si se atiende á los primeros, el asilo va degenerando poco á poco, en prisión, contrariamente á lo que debe ser, según las modernas conclusiones de la ciencia; si se cuida más de los últimos, aumentan las evasiones, los suicidios y las agresiones en general, contra la vida de los guardianes y de los coasilados.

Estos inconvenientes no son propios de ningún país, con mayor ó menor evidencia se presentan en todas partes del mundo. Entre nosotros sería posible citar más de una absolución, en favor de sujetos peligrosos cuya responsabilidad ofrecía dudas al jurado ó á los tribunales. Pero no es ahí dónde está el mal más grave; el mal más grave está en la resistencia ilegal, pero en el fondo excusable, que la Dirección del Manicomio opone al ingreso al establecimiento, de los dementes que se le envían de las cárceles. Careciendo como carece de medios de seguridad apropiados, la presencia de éstos en el Manicomio es fuente de hondos trastornos, que la Dirección, por el buen nombre de la institución, procura impedir por todos los medios. Hace muy poco el penado Dulce Zipitria, estranguló á un pobre demente, antes de que los guardianes pudieran acudir en su auxilio; este hecho es raro, sin embargo; más frecuentes son las evasiones y otros quebrantamientos del orden á que da margen la presencia de criminales en el Manicomio.

Los directores de cárceles, por su parte no los toleran, ni están facultados legalmente para hacerlo dentro del establecimiento: un solo loco, hasta á veces para alterar toda la disciplina de la prisión.

En tal situación sucede lo que es de esperarse: la cárcel se esmera en mandar los alienados al Manicomio, y el Manicomio en devolverlos á la cárcel en cuanto les nota una pequeña mejoría.

El proyecto del doctor Castro es un excelente remedio para este mal, y estamos por decir que es el único verdaderamente eficaz; pero como esa reforma implica algunas dificultades de aplicación, nos permitimos aconsejar una mucho más sencilla.

Consiste en la habilitación de diez ó doce celdas en la Penitenciaría, para tratamiento de alienados criminales. Actualmente esto es imposible porque no hay local suficiente, pero lo será tan luego como los presos de esa cárcel sean trasladados á la nueva. Ampara singularmente esta medida, la notoria competencia del médico del establecimiento, doctor Giribaldi, en enfermedades mentales. Con todo, nuestra indicación, lo confesamos, no pasará de ser un simple paliativo, aceptable tan sólo mientras no se tenga ánimo de hacer algo mejor.

Pasemos á otro punto. En la Cárcel Correccional hay prevenidos además de penados. Unos y otros serán trasladados á la Penitenciaría. Del régimen de los penados ya nos hemos ocupado; falta que digamos algo del que debe aplicarse á los prevenidos. En doctrina, esta es una cuestión que puede llamarse resuelta. La opinión de los sabios es unánime en el sentido de que el sistema que reúne mejores condiciones es el celular. Este régimen no afrenta á los prevenidos inocentes, ó culpables de pequeños delitos, y mata la influencia de los perversos, en recinto de las cárceles. No es de extrañarse, pues, que el

los primeros soliciten la celda, con la misma vehemencia con que los últimos la rehúsan. Los directores de cárceles juzgan como un síntoma desfavorable á la moralidad del prevenido el hecho de que éste rehúse la celda, y pocas veces suelen equivocarse.

Estas razones han decidido la cuestión. El Congreso de Roma y el de Bruselas, han consagrado con su voto este régimen para los prevenidos. Ya conocemos esas resoluciones por haberlas transcrito al tratar del régimen de las penas de cierta duración. Se recordará que nada tenían de ambiguas. Una asamblea de hombres eminentes, ha resuelto modernamente en el mismo sentido ese importante problema penitenciario. Nos referimos á la Sociedad General de las Prisiones Francesas. A raíz de un notable informe, sesión de 19 de junio de 1901, del profesor Larnaude, la primera sección emitió el voto de que los detenidos fuesen sometidos al régimen de la prisión individual, de conformidad con el artículo 1.º de la ley de 1875. Mr. Larnaude, era mucho más radical: en el susodicho informe prestigiaba la construcción de cárceles especiales, *Maisons de Garde*, destinadas exclusivamente á alojamiento de prevenidos. La sección no amparó esa proposición por temor de comprometer con un proyecto ideal, una reforma más modesta es cierto, pero más fácil de ser acogida por la Administración.

El régimen celular está además incorporado á las instituciones de muchos países civilizados. En ese caso, están Holanda, Croacia, Finlandia, Noruega, Italia, Rumanía, España, y los cantones de Ginebra y de Vaud.

En el Uruguay, esta reforma sería cuestión de una simple ley, pues lo más difícil, que es la existencia de celdas en número suficiente, está ya resuelto con la habilitación para Cárcel Correccional y de Prevenidos de la actual Penitenciaría.

Si se realizaran nuestros votos, habría también que modificar el inciso 2.º del artículo 37 del Código Penal. Después de establecer que la detención se resta del tiempo de duración de la pena, dice el inciso á que hemos aludido: «si la pena impuesta fuese la de penitenciaría, el descuento se hará en la proporción de dos días de detención por uno de penitenciaría.»

Esta disposición es actualmente muy justa, porque el régimen impuesto á los prevenidos, es el de la prisión, mucho más benigna que el de las penas de penitenciaría; pero dejará de serlo, cuando el régimen celular se aplique á prevenidos y á penados.

Entonces sería preciso establecer que el descuento, es de día por día, como se dispone en muchas legislaciones modernas; ó lo que es más científico, teniendo en cuenta que los prevenidos gozan bajo todo régimen de ciertas franquicias no dispensadas á los penados, que la computación se practique discrecionalmente por el Juez según los antecedentes del sujeto y los relativos al delito. Este último sistema se sigue en Alemania, artículo 60 del Código Penal; en los Países Bajos, artículo 27 del mismo, — y se ha tentado introducirlo hace poco en Francia. Es también el que nosotros preferimos.

Ha llegado el momento de que nos ocupemos de los menores. Sabido es que actualmente comparten la promiscuidad de la Cárcel Correccional en unión de asesinos y ladrones de la peor calaña, cuya perversión moral observan primero, adquieren después, y tratan de imitar más tarde. Si alguna reforma se impone con verdadera urgencia en el seno de nuestra institución penitenciaria, es la separación radical de los delinquentes menores y de los adultos.

¡Ay del que pervierte á un niño, dice la Escritura! Este anatema parece gravitar sobre la cabeza de las mo-

dernas generaciones. El abandono y los malos ejemplos á que está sometida la niñez en ciertos hogares, secundados por la incuria é indiferencia social, suministran hoy el refuerzo más poderoso, que pudiera soñarse, al incremento y desarrollo de la criminalidad. Existe un hecho que lo prueba fehacientemente. La estadística á la vez que revela el aumento progresivo de los delitos, señala también un descenso concomitante en la edad de los delinquentes. Sube la cifra de los crímenes y baja la de los años: por todas partes el fenómeno es el mismo. Las estadísticas oficiales han tratado alguna que otra vez de desnaturalizar el significado de los hechos, pero tal empeño ha debido fracasar ante la serena y justa interpretación de los hombres de ciencia. Sólo dos países de los que llevan una contabilidad regular de sus delitos, Inglaterra y Suiza, escapan á la regla común: en esas sociedades la criminalidad se mantiene estacionaria ó tiende á disminuir. Pues bien: es en ellas también donde la infancia y la juventud abandonadas, reciben una protección más inteligente, asidua y fervorosa.

Lo contrario en cambio ocurre en Francia, el país de mejor y más antigua estadística. Por un lado la cifra de los delitos aumenta y por otro, la participación de los menores en la criminalidad es cada vez mayor. Los delitos, al decir de uno de sus más eminentes criminalistas, han subido de 1840 á 1889, — es decir en cincuenta años, — en una proporción de 133 %. El hecho correlativo, es el siguiente. Mientras que de 1826 á 1880, la criminalidad de los adultos se ha triplicado, la de los jóvenes, entre diez y seis y veintidós años, se ha cuadruplicado. Actualmente en Francia, los menores de diez y seis años no alcanzan á ser siete millones, y los adultos pasan de veinte millones; sin embargo la delincuencia de los primeros se aproxima al doble de la de los últimos.

Siendo este hecho, como hemos aseverado, un fenómeno casi universal, nada tiene de extraño que constituya hoy uno de los problemas más importantes en el dominio de la criminalología.

Etiológicamente, se le han dado diversas explicaciones. Unos, como Lombroso y su escuela, explican la criminalidad infantil, por atavismo fisiológico; otros, como Raux, Ferriani y Vidal por múltiples causas sociales, entre las cuales se destacan la inmoralidad de los padres y la frecuente desorganización del hogar. Esta última es la tesis que tiende á preponderar, en vista de las demostraciones que suministra la estadística. La doctrina contraria, que por otra parte no niega la influencia de la educación en el desarrollo moral del sujeto, pierde terreno día por día.

Los alcances de esta investigación, son tan importantes como fáciles de adivinar: la etiología del mal, conduce naturalmente al remedio. Si la causa de que los menores contribuyan con tan alto contingente á engrosar la cifra de la criminalidad, es en resumen la falta de enseñanza moral, lo lógico es sustituir la educación al castigo, y reformar en vez de reprimir. El concepto de la penalidad no es hoy el que imperaba antiguamente. Si existe un medio eficaz para defender á la sociedad contra la acción disolvente del delito, aunque ese medio no sea un castigo, ni se parezca á él, debemos encarnar en él el verdadero desiderátum penal.

No existiendo, pues, una razón de orden científico que se oponga á este cambio de defensa colectiva, lo natural es realizarlo sin vacilaciones. Sólo una circunstancia podría paralizar la acción en ese sentido que sería su falta de eficacia. ¿Pero qué duda puede darse más injustificada que esta, tanto deductiva como inductiva: ¿Es posible que la educación sea menos eficaz

que el castigo, para corregir á un joven delincuente, cuya maldad es el resultado exclusivo de la falta de ambiente moral en que se ha formado?... ¿Suprimida la causa, no es lógico dar por eliminado el efecto?

(Continuará).

JURISPRUDENCIA

El hecho de desempeñar durante largos años el cargo de Agente Consular de la República en el extranjero, no es suficiente para que pueda obtenerse la carta de ciudadanía legal, si no se ha cumplido con el requisito de la residencia establecido por el artículo 8.º de la Constitución.

Debe entenderse por residencia el domicilio, la vecindad dentro del territorio nacional: no pudiendo aceptarse la ficción de que, el funcionario público que ejerce un cargo fuera del país, se halle residiendo en él.

Sólo corresponde al Poder Legislativo el conceder la ciudadanía legal, en mérito á los importantes servicios prestados por un agente consular en el extranjero.

VISTAS DEL FISCAL DE LO CIVIL

Señor Juez:

El Fiscal opina que el peticionario no se encuentra en los casos del artículo de la Constitución, que pueden ser objeto de una resolución judicial, pues todos ellos suponen la evidencia ó por lo menos (caso 1.º) la vecindad en nuestro país.

El cónsul Murguiondo reside, hace cincuenta y seis años, en los Estados Unidos de Norte América y, por consiguiente, no está comprendido en el artículo citado. No le queda otro recurso que acudir á la Asamblea General, para que ésta, haciendo uso de la facultad que le concede el inciso último del artículo 8.º, le acuerde la carta de ciudadanía que solicita, si cree que son suficientemente meritorios los servicios que ha prestado al país durante los 56 años que lleva de Cónsul.

Montevideo, junio 3 de 1908.

Emilio Jiménez de Aréchaga.

Señor Juez:

Las consideraciones expuestas por el señor H. en el precedente escrito no desvirtúan ni en lo más mínimo, los fundamentos del anterior dictamen de este Ministerio, que no pretende que se le niegue al señor Murguiondo la carta de naturalización que solicita, como se da á entender en el escrito en vista, sino que ocurra al Poder Legislativo, que es la única autoridad que puede acordársela dada la especialidad del caso.

Y el mismo señor Murguiondo lo ha entendido así, al otorgar el poder de f. 3, pues en dicho instrumento expresa que se funda, para pretender la carta de ciudadanía, « así en los notables servicios prestados á la misma República, tanto por el otorgante, como por su señor padre y en los méritos relevantes de ambos, tales como están explicados en la nota que el otorgante tuvo el honor de escribir, con fecha veinticinco de diciembre de mil novecientos tres, al Excmo. señor Ministro de Relaciones Exteriores de la República y á que V. E. se sirvió contestar el tres de agosto último y que son de notoriedad oficial é histórica, como en cualesquiera otras razones que sean del caso ».

Esas razones deben hacerse valer ante el Poder Legislativo, según la parte final del artículo 8.º de la Constitución de la República, y no ante V. S., que por los artículos 7.º y 8.º de la ley reglamentaria de fecha 2 de julio de 1874 sólo tiene potestad para declarar si los aspirantes á la ciudadanía legal reúnen las condiciones ordinarias exigidas por la citada disposición constitucional.

Y mal puede V. S. declarar que el señor Murguiondo ha cumplido con la condición de residencia, cuando su mismo apoderado reconoce que nunca ha estado vecindado en este país, como tampoco puede establecer que los servicios prestados por dicho señor compensan su falta de residencia, porque tal cosa importaría entrar á apreciar la importancia de esos servicios, y esa facultad, como antes se ha dicho, corresponde exclusivamente al Poder Legislativo.

Por el artículo 3.º de la ley del 21 de mayo de 1906 sobre organización consular, que dispone, que « los Agentes Consulares de profesión, serán ciudadanos de la República y los nombrará el Poder Ejecutivo », y el artículo 38 de la misma ley dispone « una vez promulgada esta ley, procederá el Poder Ejecutivo á reorganizar el Cuerpo Consular nombrando Cónsules Generales, Cónsules de Distrito, Cónsules Honorarios y Vicecónsules con arreglo á sus prescripciones, procurando conservar dentro del Cuerpo Consular á todas aquellas personas nacionales ó extranjeras que estuviesen desempeñando funciones consulares á satisfacción del Gobierno ».

Pero esa ley en su artículo 1.º establece dos clases de Agentes Consulares: Agentes Consulares de profesión y Agentes Consulares honorarios, disponiendo el artículo 6.º que estos últimos podrán ser ciudadanos ó extranjeros.

Es obvio, pues, que el Poder Ejecutivo puede conservar en sus puestos á los Agentes Consulares honorarios aunque no sean ciudadanos de la República, pero que tratándose de Agentes Consulares de profesión como el señor Murguiondo, debe exigírseles la naturalización si son extranjeros, en virtud de lo dispuesto por el citado artículo 3.º de la ley de organización consular.

Sedice en el escrito en vista que desde que el señor Murguiondo ha desempeñado durante cincuenta y seis años funciones de Cónsul, debe considerársele revestido de todas las condiciones necesarias para obtener la ciudadanía legal, cuando la conclusión á que lógicamente debe llegarse es diametralmente opuesta, en presencia de las disposiciones legales que acaba de citar el que suscribe. Si el señor Murguiondo es Agente Consular de profesión, si para serlo se requiere ser ciudadano de la República, circunstancia que ya exigía el artículo 12 de la ley del 20 de julio de 1874, si el Poder Ejecutivo debe proceder á la reorganización del Cuerpo Consular desde la promulgación de la ley del 21 de mayo de 1906 nombrando los Agentes correspondientes con arreglo á sus prescripciones, es claro que no puede confirmar en su puesto á nin-

gún Agente Consular de profesión que no sea ciudadano de la República.

El señor Murguiondo será Cónsul si obtiene la ciudadanía, pero no será ciudadano por el hecho de haber sido Cónsul, como erróneamente se pretende.

Se establece también en el escrito en vista que es un principio universal que á todo funcionario público dependiente del Estado que ejerza un cargo con arreglo á la ley, dentro ó fuera del país, se le considera residiendo en él á los efectos legales, y mucho más tratándose de miembros del Cuerpo Consular de la República. Esta afirmación carece en absoluto de fundamento y de exactitud, y si se alude á la ficción de la extraterritorialidad, que no sería de aplicación en el presente caso, ella sólo alcanza á los Agentes Diplomáticos. Por otra parte, el señor Murguiondo por el hecho de no ser ciudadano de la República, no ejerce su cargo con arreglo á la ley.

El señor Murguiondo, pues, que necesita ser ciudadano para poder continuar ejerciendo las funciones de Agente Consular de profesión y que no reúne las condiciones constitucionales ordinarias de la ciudadanía, sólo puede obtener ésta por gracia especial de la Asamblea Legislativa en virtud de los importantes servicios que ha prestado á la Nación.

Por estas consideraciones, el Fiscal insiste en su dictamen de f. 7 vta.

Montevideo, junio 15 de 1908.

Emilio Jiménez de Aréchaga.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos:

Por los fundamentos expresados por el señor Fiscal de lo Civil; y

Considerando: que el artículo 18 del Código Civil al disponer que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio á falta de definición legal expresa, ha establecido una regla clara y precisa con arreglo á la que debe juzgarse si la residencia que el artículo 8.º de la Constitución de la República exige como indispensable para la obtención de la ciudadanía legal, es real ó ficta, es decir, si es suficiente el ejercicio de un cargo público en el extranjero para que quien lo ejerce, que jamás ha vivido en la República, pueda ser tenido como residente;

Que la palabra *residencia* empleada por la Constitución, no tiene otra acepción natural y gramatical que la del domicilio, morada, vecindad dentro del territorio nacional donde la persona ha permanecido en comunidad, incorporado al medio, con su persona, profesión, familia é intereses si todo ello tuviere;

Que no hay duda alguna que aún cuando el señor Murguiondo, por la antigüedad en el cargo público que ha desempeñado y desempeña actualmente, tiene saneados títulos á que se le reconozcan los buenos servicios prestados á la Nación, que no podrá desampararle, mucho más cuando por la aceptación del cargo ha perdido su ciudadanía de origen,—no tiene la residencia constitucional necesaria para que pueda el Juzgado dársele por reconocida y justificada;

Considerando: que como lo hace notar el señor Fiscal de lo Civil, la misión del Juzgado por la ley de 20 de julio de 1874, únicamente se reduce á apreciar si el interesado ha justificado reunir los requisitos que exige la Constitución para la ciudadanía legal y, por lo tanto no es-

tando en sus facultades conceder la ciudadanía en mérito á los servicios importantes que al Estado prestó y presta quien la solicita,—en el caso *sub judice*, no puede dar por justificadas esas condiciones constitucionales, cuando el propio solicitante afirma que no tiene la residencia material en el país;

Considerando: que únicamente en el terreno de la ficción jurídica puede sostenerse, como lo sostiene la parte interesada, que al funcionario público que ejerce un cargo fuera del país, se le considere como residente en él á los efectos legales, porque aparte de que ninguna disposición legal autoriza á afirmarlo así,—en el supuesto de que esa afirmación hubiera de aceptarse con arreglo á los principios de derecho constitucional é internacional, nunca podría hacerse extensiva para el que jamás ha tenido residencia material en el territorio de la República y que no podría, por su ausencia, considerársele continuando en una residencia que no tuvo antes;

Considerando: que es de lamentar que la Constitución y las leyes de la República no hayan previsto el caso especial en que se encuentra el señor Murguiondo, Cónsul General en los Estados Unidos de Norte América, mucho más, cuando la Constitución ha sido tan liberal para facilitar la ciudadanía legal en casi todos los casos; pero la Asamblea Nacional que en su alta misión es la encargada de llenar los vacíos constitucionales, es indudable que al reconocer los importantes servicios del Cónsul Murguiondo, por sanción legal dispondrá lo concerniente para no privar al país de un funcionario que mantiene su brillo en el extranjero.

Por ello, se declara: que don P. Murguiondo no se encuentra en las condiciones exigidas por la Constitución para optar á la ciudadanía legal.

Ejecutoriada que fuere esta resolución, archívese el expediente previo desglose de los recaudos acompañados.

Montevideo, agosto 4 de 1908.

Gard y San Juan.

VISTA DEL FISCAL DE LO CIVIL

Señor Juez:

El Fiscal que suscribe, evacuando el traslado conferido, á V. S. dice:

Que las consideraciones formuladas por el antecesor del infrascrito en el extenso dictamen de fs. 3 y siguientes, así como las del Juez apelado en la sentencia de f. 16 vuelta, no han sido refutadas de ninguna manera en la expresión de agravios en traslado, por lo cual corresponde la confirmación de la sentencia apelada.

El apelante se ha limitado á sostener una nueva faz del asunto, y ya no pretende que pueda obtenerse la carta de ciudadanía sin estar domiciliado en el país, sino que alega que don P. Murguiondo, que nunca ha residido en el país, conserva y ha conservado su domicilio en él, por el solo hecho de haber sido Cónsul de la República durante muchos años.

Ya ha sido dicho en forma franca y concluyente que si puede admitirse que los ministros diplomáticos retienen su domicilio en el país que representan por efecto de la ficción de la extraterritorialidad, no pueden de ningún modo extenderse los efectos de esa ficción para amparar á los cónsules que son simples agentes comerciales, que no representan á la Nación, sino es en Turquía, y, que, por lo tanto, no gozan de privilegios diplomáticos, como lo es el de la extraterritorialidad.

La cita del autor inglés que hace el apelante, aparte de no tener más valor que el de los débiles argumentos en que se apoya, está en contradicción expresa con nuestra Constitución, que no sólo no ha hablado del domicilio en el artículo 8.º, sino que ha exigido la *residencia*, esto es, el acto material de residir en un país determinado, que excluye la idea del domicilio ficticio.

Toda la cuestión estriba, pues, en esto únicamente: se trata de saber si el señor Murguiondo reúne la condición de residencia que exige la Constitución, y planteada así, nadie se atreverá decir que sí, precisamente porque el citado señor nunca ha residido en el país.

Se explica, además, que el autor inglés referido hable de domicilio retenido, lo que supone que el enviado diplomático ha residido antes en el país que representa y en donde tenía el domicilio que *relieve* ó *conserva*; pero esa cita resulta inaplicable á este caso en donde no había un domicilio anterior que pudiera quedar retenido; sino que al contrario se quiere domiciliar á una persona en el país en el que nunca tuvo su domicilio.

Finalmente, se puede alegar en favor de la tesis del Ministerio público la reciente ley de ciudadanía legal que ha sido vetada por el Poder Ejecutivo. Es sabido, y así consta en el acta respectiva, que el letrado que patrocinó al apelante introdujo una modificación en el proyecto de ley, que parecía amparar á las personas que como el señor Murguiondo se encontrasen desempeñando funciones consulares sin ser ciudadanos legales y sin haber residido en el país.

Pues bien: el Poder Ejecutivo ha vetado esa ley entre otros motivos, por entender que esa disposición es inconstitucional, según se demuestra en el mensaje respectivo. Lo que prueba que la interpretación que el Ministerio público hace de la Constitución, artículo 8.º, es la que corresponde, y sólo por las múltiples tareas que absorbieron al Poder Legislativo en los últimos días del período ordinario, pudo pasar inadvertida la inconstitucionalidad del inciso 3.º del artículo 2.º de la ley vetada.

Por estas consideraciones, y las expuestas á fs. 13 y 16 vta., opina el Fiscal que corresponde confirmar la sentencia apelada, tanto más cuanto que no sólo aplica correctamente las disposiciones constitucionales y legales respectivas, sino que no causa gravamen irreparable al actor, que puede solicitar derechamente de la Asamblea la carta de ciudadanía que necesita.

Montevideo, septiembre 24 de 1908.

Abel C. Pintos.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos en segunda instancia estos autos sobre la ciudadanía solicitada por don P. Murguiondo:

Por los fundamentos de la resolución que motivó el recurso y los expresados por el Ministerio público;

Y atento á que la condición de residencia exigida por el precepto constitucional para la adquisición del derecho á la ciudadanía, es bien definida, desde que tanto la ley civil como la doctrina general, establecen sin ninguna discrepancia, que residencia es el lugar donde se vive ó habita, el asiento real de la persona, por lo que no es posible haber tenido residencia donde nunca se ha estado;

Que para sostener que el peticionante, á pesar de no haber estado jamás en el país, puede ser considerado

como residente por haber desempeñado durante largos años las más altas funciones consulares en el extranjero, sería menester primeramente crear una ficción, lo que es privilegio exclusivo de la ley, y segundo admitirla á los efectos de la norma constitucional, sustituyendo al aplicar esa norma, el hecho material y verdadero de la residencia por el concepto ideal y ficticio de una residencia imaginaria;

Que si en el caso concreto, debe considerarse al peticionante vinculado á nuestro país por lazos mucho más resistentes que los que pudiera haber creado una relativa breve residencia material, y hasta cierto punto, en posesión de una especie de ciudadanía de hecho por el desempeño de funciones que la presuponen, se hace sin embargo imposible reconocer á su favor las condiciones invocadas, sin sustituirse arbitrariamente á la expresa voluntad del constituyente, creando nuevos casos de ciudadanía so pretexto de interpretar por extensión una disposición constitucional de aplicación relativa.

Por estos fundamentos:

Confírmase la sentencia de primera instancia y devuélvase.

Montevideo, octubre 19 de 1908.

Alfredo Furriol.

Es procedente la acción por injurias, realizada con abuso de la libertad de escribir (artículos 401 y 407, inciso 1.º del Código de Instrucción Criminal), cuando se ataca por la prensa descarada y gravemente á personas que ejercen el sacerdocio, atribuyéndoles hechos calumniosos.

En estos casos, no procede abrir la causa á prueba, desde que los sacerdotes no ejercen funciones públicas sino excepcionalmente y lo que á ellos se refiera recaerá sobre su vida privada, siendo de estricta aplicación, por consiguiente, el artículo 343 del Código de Instrucción Criminal.

Habiéndose abierto á prueba de oficio la causa por injurias de que instruyen los subsiguientes recaudos, se produjo sobre ese particular entre los interesados, la siguiente controversia:

N. N. y N. N. en la querella seguida contra don N. N. por abuso de la libertad de escribir, como mejor proceda, á V. S. decimos:

Que notificados de la providencia por la cual recibe V. S. á prueba este juicio por el término común y prorrogable de veinte días, nos consideramos en el caso de reclamar contra esta providencia, en virtud de que dada la naturaleza de este juicio y lo que expresamente establece la ley, no procede el auto de prueba, sino que se falle sin más trámite la querella sometida á la resolución del Juzgado.

Clara y terminantemente establece el artículo 343 del Código de Instrucción Criminal que en los juicios de imprenta, «no se admitirán pruebas sobre hechos ó defectos relativos á la vida privada de las familias ó de los individuos», de lo que se sigue que dada esta disposición y naturaleza de las injurias que contra nosotros contiene la publicación acusada, no es posible la recep-

ción de prueba, desde que con el periódico que hemos acompañado y con la confesión del acusado existen sobrados elementos para que V. S. pueda apreciar si don N. N. ha abusado de la libertad de escribir y si en consecuencia debe imponérsele la pena correspondiente.

Este principio, que rige indistintamente para todos los juicios de imprenta, es el mismo que contiene la disposición del artículo 362 del Código Penal, según la cual «los culpables de delitos contra el honor y la tranquilidad privada, no tendrán derecho de probar, en su disculpa, ni la verdad, ni siquiera la notoriedad de los hechos ó de la cualidad atribuida á la persona ofendida.»

Ante la claridad de estas disposiciones nos parece que V. S. ha de reconocer que ha incurrido en error al dictar la providencia que nos ocupa; por lo que confiamos que apercibido de ello y teniendo en cuenta que no sólo nosotros, sino hasta el mismo acusado ha entendido que con la presentación del último escrito la causa quedaba concluida para sentencia, lo declare así, citando á las partes y dictando en oportunidad la resolución que en derecho corresponde, dejando sin efecto, en consecuencia, el último auto dictado.

Para el inesperado caso de que V. S. no creyese deber acceder á este pedido, á pesar de lo que establece la disposición del artículo 218 del Código de Instrucción Criminal, suplicamos que se nos conceda el recurso de apelación para ante el Superior, pues entendemos que esta prescripción no rige cuando existen disposiciones expresas que hacen imposible el auto de prueba ó, en otros términos, porque en el presente caso el principio general está derogado por disposiciones especiales de ineludible cumplimiento.

Por lo expuesto:

Rogamos á V. S. se digne proveer en uno de los dos sentidos indicados y será justicia, etc.

Guadalupe, 27 de junio de 1908.

Señor Juez Letrado Departamental:

N. N., en la querella que me siguen los curas párrocos N. N. y N. N., por pretendido delito de imprenta, evacuando el traslado conferido y como más proceda, digo:

Que V. S. debe mantener el auto interlocutorio de prueba y denegar el recurso de apelación que se interpone en subsidio, y todo á mérito de las consideraciones siguientes:

1.º Porque no obstante la naturaleza de los juicios, creencias ó apreciaciones que se persiguen como abusos injuriosos de la libertad de imprenta, y dado nuestro viejo régimen de organización política, los que asumen personalidad como parte actora en esta querella están investidos de carácter público; y es evidente que en tal investidura y no simplemente en la de miembros del Clero, se informa la acción deducida.

2.º Porque el querellado ha obrado en interés de la causa pública, y no para complacer impulsos pequeños del egoísmo personal. Si los juicios y apreciaciones de tal orden fueran accesibles á la represión, ó en otros términos: si tales cosas fueran acusables y debieran ser acusadas, como ya lo expuse antes de ahora, cabría afirmar que diariamente tendrían el país no pocos procesos de imprenta, tanto en estos departamentos del interior como en Montevideo.

3.º Porque hasta consagrado está por la Jurispruden-

cia nacional (cuya autoridad, no obstante la disposición restrictiva del artículo 12 del Código Civil, no puede ser contestada como comentario caracterizado) que el querellado tiene el derecho de producir prueba sobre la no existencia de los hechos constitutivos del delito de infamación ó de injuria que se le imputa, ó sobre lo que considera conducente á su derecho, sin perjuicio de lo prescripto en el artículo 362 del Código Penal.—(LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, año IX, núm. 5).

4.º Porque en materia criminal como en materia civil, no es apelable el auto que recibe la causa á prueba (artículos 218 del Código de Instrucción Criminal y 333 del de Procedimiento Civil).

Si relativamente es exacto que el principio general puede fallar en algún caso por disposición especial de la ley, es absolutamente cierto que, según lo alegado en el caso *sub-judice*, procede la admisibilidad de la prueba, y aunque no fuera así y cuanto que es de derecho estricto (el mismo artículo 162 del Código Penal su número 1.º y 3.º y el artículo 407, número 2.º del Código de Instrucción Criminal), siempre resultaría, en caso de duda, ante las disposiciones especiales sobre imprenta consignadas en el Código de Instrucción Criminal, que se optaría en buena hermenéutica por el imperio de la ley común.

Por todo lo expuesto y demás que V. S. suplirá con ventaja, es de proveer como queda pedido en el exordio, sin perjuicio de la imposición de costas que es consiguiente.

Guadalupe, julio 24 de 1908.

AUTO DECLARANDO IMPROCEDENTE LA APERTURA DEL JUICIO Á PRUEBA

Vistos: este incidente promovido por el querellante á fs. 32,—

Resultando: Que los actores, cura y teniente cura respectivamente de la Iglesia de esta villa, se agravian del auto de f. 30 v., que abre á prueba esta causa seguida por aquéllos, por injurias y calumnias, contra el reo, como autor de la publicación de f. 1;

Considerando: Que al sostener ellos estar amparados por la disposición del artículo 343 del Código de Instrucción Criminal y 362 del Código Penal, que niega el derecho de probar al acusado en su disculpa, ni la verdad, ni siquiera la notoriedad de los hechos ó cualidad atribuido al ofendido, salvo las excepciones determinadas en el artículo último citado,—es necesario determinar con claridad si son aplicables algunas de dichas excepciones. Que el reo, al sostener que procede la apertura del juicio á prueba, dice al iniciar este escrito: Que los actores están revestidos de carácter público, lo que debe ser dilucidado. Que la sola y simple calidad de miembros del Clero, no inviste á los actores interesados en este juicio, con la categoría de funcionario público. Pueden tenerla y la tienen, sólo cuando ejerciten actos únicamente propios y característicos de una función pública y delegada por el Estado, cual lo es, todo lo relativo al estado civil de las personas, que el mismo Estado, al dictar la ley de Registro de Estado Civil vigente, ha permitido continúen desempeñando, expidiendo, por ejemplo, con requisitos determinados, testimonios de partidas parroquiales con efectos legales, en virtud de no haberse aún secularizado por completo el Registro de Estado Civil. Pero, los de-

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

más actos que como miembros del Clero ejerciten, no constituyen una función pública, desde que el Estado, no obstante la disposición del artículo 5.º de la Constitución, fundadamente no interviene de hecho ni de derecho, en el ejercicio del culto católico, como no interviene en la celebración de otros cultos religiosos, amparados todos por otro precepto constitucional—que contiene en sí una de las más grandes conquistas del espíritu moderno—al consagrar en él, la libertad de cultos, cuando consagra la de pensamiento. Luego, como los hechos y cualidades atribuidos á los actores en la publicación acusada, no dicen relación con las funciones públicas que en algunos casos pueden ejercer, no cabe el caso ocuriente, dentro del número 1.º del artículo 362 del Código Penal;

Considerando: Que sostiene el reo en segundo término, haber procedido en interés de la causa pública, debiendo así aplicarse el número 3.º del mismo artículo. La acción pública, como opuesta á la privada, ha sido instituida precisamente para defender la causa pública. Así, si en el caso estuviera interesada la causa pública, como lo sostiene el reo, deberá existir aquella acción legal, incumbiéndole su ejercicio al Ministerio público; pero si dicha acción no existe, aunque exista la privada, será evidente que el caso presente no estará amparado por el número 3.º del artículo 362 referido. Los delitos, sólo en especie son castigados, debiendo existir de una manera cierta y determinada, y sin duda alguna posible, tanto en cuanto á su objeto como á su autor, estando tal principio general de derecho criminal consagrado expresamente en varias disposiciones de nuestras leyes penales. Los dos actos que en la publicación acusada se atribuyen por el reo á los actores, consisten principal y fundamentalmente en la imputación de hacerse del confesonario una agencia de seducciones y sensualismo en un caso, y en el otro, en la imputación de que los miembros de la Junta, con sus actos, han fomentado el robo clerical, agregándose ser los curas ladrones. Ambas imputaciones son en extremo vagas, no importan una denuncia de un hecho concreto, suficientemente constatado para que pueda dar lugar á la formación de un juicio criminal contra persona determinada. Siendo así, no cabe la acción pública en el caso, el cual por ende, no puede interesar á la causa pública;

Considerando: Que el argumento hecho por el querellado invocando la jurisprudencia que cita, no tiene en absoluto aplicación, desde que en el caso citado, se trataba de producir por el querellado una prueba para demostrar no existían los hechos que se le imputaban, y por él negados, cuando aquí no niega ser el autor de los dichos acusados. Tampoco tiene aplicación la cita que hace del artículo 218 del Código de Instrucción Criminal, desde que él no puede aplicarse en los casos en que por excepción, está prohibida la prueba por la ley misma;

Considerando: Que la circunstancia de no haber sido solicitada por ninguna de las partes la apertura de la causa á prueba, es digna también de tenerse en cuenta, imponiéndose la reparación del error sufrido al dictarse de oficio el auto impugnado;

Por ello:

Revócase el auto apelado, y ejecutoriada esta resolución, vuelvan citadas las partes.

Benvenuto.

Este auto quedó consentido.

Vistos:

Este juicio por injurias seguido por N. N. y N. N. contra N. N.;

Resultando: Que N. N. y N. N., diciéndose ser cura y teniente cura, respectivamente, de la parroquia de Guadalupe, se presentaron acompañando el adjunto ejemplar del periódico «El Baluarte», número 285, correspondiente al 27 de octubre pasado, y optando por la vía ordinaria al amparo del artículo 349 del Código de Instrucción Criminal, pidiendo se aplicara al autor de la publicación de que se agravia, titulada «Notas» y que aparece firmada por «Verité», la que acusan criminalmente, el máximo de la pena prescrita en el artículo 404, con más las costas y costos, solicitando á la vez que se les deje á salvo las acciones expresadas en el artículo 352 del Código referido. Que citado fue á pedido de los actores el director del expresado periódico, en la diligencia de f. 5 vta., expresó ser N. N. el autor de aquella publicación; aquéllos á f. 13 deducen acusación contra el expresado N. N. de acuerdo con su escrito inicial, invocando además lo estatuido en los artículos 407 inciso 1.º y 343 del Código citado, acompañando á la vez el acta de inútil conciliación, f. 12. Que contestando la demanda á f. 16, se niega por el reo, que la publicación acusada implique el delito que se le imputa, sosteniéndose que en ella sólo se atacan creencias y no personas, al amparo de la libertad de conciencia, combatiendo la creencia dogmática del cura en general sin desconocerle el derecho que tiene de pensar como le plazca. Dice que los actores han atacado públicamente el matrimonio civil, repartiendo además un libro de Mariano Soler, en que se le califica de concubinato. Agrega que el artículo acusado y otros posteriores, fueron la consecuencia y la defensa de ataques públicos de los acusadores, los que hicieron circular una hoja suelta, injuriosa para el reo, y firmada por varias mujeres de la localidad. Que los actores presentaron á f. 20 vta. su réplica, ampliando su primer argumentación y sosteniendo que ellos nada tienen que ver con la circular aludida por el reo, la que según sus informes, fué hecha con fecha posterior al artículo acusado, y si así no fuera, agregan, el reo en la publicación acusada, algo habría dicho sobre ese particular, y en cambio nada dice; pero si hubiese sido así, sostienen que el acusado debió recurrir á la justicia para obtener el castigo de los culpables. Que á f. 26, replica el reo, ampliando á su vez sus argumentaciones para demostrar que no ha injuriado ni calumniado á los actores y que sólo «ha hecho propaganda liberal en sentido genérico é impersonal, sin pretender ofender á los curas acusadores». Que abierto que fué este juicio á prueba se declaró por auto ejecutivo de f. 36 vta., que ello no procedía, en virtud de no tratarse en el caso, de inculpaciones dirigidas á funcionarios públicos;

Resultando: Que conviene extraer aquí, sucinta pero fielmente, lo fundamental de la publicación acusada, para mayor claridad del juicio. En sus párrafos 1.º, 2.º y 3.º, se analiza una función dada en un teatro católico local, burlándose de ella, de los actores, del público; de J. V., de un B. y un M., todo lo que no dice relación con este litis. En el 4.º se habla de los Juncos de la parroquia y del periodístico don N., recordando á su respecto la secta frailesca «Los Castati», y la nutritiva alimentación que acostumbra. El 5.º, refiérese al teniente cura, diciendo que teniendo *banca* entre las mujeres, ha hecho del confesonario una agencia de seducciones y sensualismos,—que arrojaba miradas ardentísimas sobre las *cocottes* de

la religión y hacía además de abrazar á una de las castas hijas de María. En la segunda parte se censura á la Junta, por haber exhibido de patente á una *hermesse* católica, dirigida por los frailes de la localidad, fomentando así el robo clerical;

Considerando: Que se impone dilucidar si esa publicación acusada, invocando los artículos 404 y 407, inciso 1.º del Código de Instrucción Criminal, importa un abuso de la libertad de escribir, contra los particulares, y si reúne los caracteres de delictuosidad necesarios, para hacer pasible de castigo á su autor. Sostiene éste, que ha procedido sin ánimo de injuriar y con el solo propósito impersonal de combatir ideas, al amparo de la libertad de conciencia. Sólo por refinada mala fe, ignorancia crasa ó fanatismo exaltado, puede enunciarse tales tesis, ante la simple lectura de la publicación acusada, la que por su forma y su fondo, tiene que sublevar á todo espíritu bien nacido que no esté perturbado hasta el engeguimiento. La mala fe y la ignorancia deben ser descontadas desde que no estando probado existan, no pueden presumirse. Nada más que un subido fanatismo anticlerical, pudo llevar á tales extremos al acusado, por ser sólo propio y característico de todo exaltado fanático el desconocer en absoluto el derecho del contrario, sin que sea necesario, para fundar tal aserto, recordar los excesos inculcables que en todo tiempo, tal estado de ánimo ha producido. Conciébase, dentro de lo ideal, el desprecio de hombres y dioses, pero la tangible realidad social, en su superorgánico estado de evolución y progreso actual, impone de modo ineludible, el respeto á todo hombre y á sus derechos integrales, dentro de la fórmula que admite que la libertad de cada uno es únicamente limitada por las libertades análogas de todos los demás hombres, siendo esa la única manera de que la vida social exista y suministre la más grande suma de bienestar posible á sus miembros todos;

Considerando: Que siendo como es evidente que el reo no respetó el derecho ajeno, haciendo imputaciones concretas y personales en la publicación referida, al atribuir vicios y defectos privados á los actores, se impone declarar que aquella publicación constituye un caso evidente de abuso de la libertad de escribir, de acuerdo con el artículo 404 del Código de Instrucción Criminal, el cual cae bajo la sanción del artículo 407 inciso 1.º del mismo Código;

Considerando: Que siendo así, deben ser estudiadas las circunstancias que caracterizan el delito cometido, para proporcionar la pena á su entidad. No puede aceptarse como excusa ó atenuación, hechos invocados por el reo y atribuidos á los actores, cual lo es la circunstancia de decirse que éstos atacaron el matrimonio civil, propagando al efecto un libro de Mariano Soler, y que hicieron publicaciones previas á la acusada, contrarias al reo, desde que absolutamente ninguno de esos actos está en autos demostrado haya existido y sea cierto, siendo sabido por otra parte, que un delito cualquiera puede y debe ser reprimido por la justicia, pero no sirve de causa á otro. En cambio, cabe admitir la atenuante del fanatismo que debe haber impulsado al reo; única explicación de su actitud, —constituyendo tal estado de ánimo, un caso claro,— de acuerdo con el artículo 18 inciso 5.º del Código Penal, —en el que existió un estímulo poderoso que naturalmente produjo arrebatos y obsecación. Además, la entidad del mal causado, es en sí leve, por lo burdo y desconcertado del ultraje inferido, al extremo, que descartada su evidente intención dolosa, sus efectos deben sensatamente acercarse á la inopia. Atento lo preceptuado en las citas legales antes hechas, lo dispuesto en el

artículo 35 del Código Penal, y dados los anteriores fundamentos,

Fallo:

Condenando á N. N. á la pena de ciento veinte pesos de multa ó prisión equivalente, y á las demás prestaciones legales.

Ejecutoriada y cumplida, archívese.

Guadalupe, octubre 14 de 1908.

Luis Benvenuto.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vista en segunda instancia esta querrela criminal seguida por don N. N. y don N. N. contra don N. N., por abuso de la libertad de imprenta—cuya querrela ha venido á conocimiento por el recurso de apelación libre que el querrellado interpuso contra la sentencia de f. 39 vuelta y siguientes, dictada por el señor Juez Letrado Departamental de Canelones y por la que se condena al recurrente á la pena de ciento veinte pesos de multa ó prisión equivalente y al pago de las prestaciones legales,—

Aceptando los fundamentos de hecho y de derecho aducidos por el Juez *a quo* en la sentencia recurrida; y

Considerando: Que las argumentaciones aducidas en el escrito de expresión de agravios y con las que se pretende destruir el valor delictuoso de la publicación acusada, no son en manera alguna bastantes para desvirtuar en lo más mínimo la gravedad de las injurias proferidas por el acusado en el artículo en cuestión, no tan sólo contra los querellantes, sino también contra el núcleo de damas de Canelones que concurrieron á la fiesta que celebró el centro católico «Jacinto Vera», cuyas ideas religiosas y demostraciones sectarias serán todo lo absurdas y ridículas que se quiera para el liberalismo razonado aunque intransigente de escuela, pero que no por ello autoriza al anticlericalismo demagógico, á desconocerle la libertad que les asiste, pretendiendo atacar el principio en que se basa la institución del Estado y que no es otro que el que el eminente Kant formuló dentro de sus ideas de liberalismo, «la armonía de la libertad», sobre el que descausa, sólidamente, la verdadera escuela racionalista;

Considerando: Que la sola lectura de la publicación acusada es suficiente para que ella evidencie con sus frases expresas é indubitables, y con las que fluyen presumiblemente, sin esfuerzo alguno, de su puntuación suspensiva, la ofensa descarada, brutal y grave, contra las personas de los querellantes y contra las damas que con ellos relacionó el autor de la publicación. Que aun ante el criterio desprovisto del más mínimo sentimiento religioso, aparece la gravedad de la ofensa;

Considerando: Que es á todas luces indiscutible que el acusado ha hecho abuso de la libertad de imprenta, cometiendo el delito del inciso 1.º del artículo 407 del Código de Instrucción Criminal, y aun cuando resulta algo forzada la circunstancia de atenuación que en su favor admite el Inferior, debe ella ser aceptada, puesto que los querellantes no han recurrido por su parte el fallo apelado;

Considerando: lo dispuesto por el artículo 404 y el 35 del Código Penal,—

Por estos fundamentos, fallo: confirmando la sentencia apelada.

Y devuélvase.

Montevideo, marzo 31 de 1909.

Alberto Gard y San Juan.

Legislación

Ley sobre el ancho de las calles, avenidas y ramblas

Poder Legislativo.

El Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General,

DECRETAN:

Artículo 1.º Toda calle que se abra ó ensanche, en lo sucesivo, en cualquier pueblo, villa ó ciudad de la República, deberá tener diez y seis metros de ancho por lo menos.

No se permitirán trazados de barrios particulares que no se ajusten estrictamente á esa disposición y al plano de amanzanamiento que cada Junta Económico-Administrativa deberá adoptar oficialmente.

Los pasajes destinados á peatones tendrán el ancho que les designe la Municipalidad.

Art. 2.º Las avenidas centrales ó interiores, tendrán como mínimo, cincuenta metros de ancho.

Art. 3.º Las avenidas de circunvalación, ramblas ó paseos deberán medir por lo menos, sesenta metros de luz.

Art. 4.º En los parques ó jardines públicos, las avenidas circulares tendrán por lo menos cincuenta metros de ancho. Las interiores que se destinen al tránsito de vehículos tendrán como mínimo treinta metros.

Art. 5.º Toda vía de acceso á un paseo público ó estación balnearia, deberá tener en una extensión, por lo menos de doscientos metros antes de llegar á aquéllos, treinta metros de luz, como mínimo.

Art. 6.º En toda avenida, rambla ó boulevard que se abra en lo sucesivo en la ciudad de Montevideo, la Junta Económico-Administrativa deberá fijar, con la necesaria anticipación, la altura mínima de los edificios á construirse con frente á esas vías.

Art. 7.º Comuníquese, etc.

Sala de Sesiones de la H. Cámara de Representantes, en Montevideo á 17 de abril de 1909.

ANTONIO M. RODRÍGUEZ,
Presidente.
Domingo Veracierto,
Secretario.

Ministerio del Interior.

Montevideo, abril 21 de 1909.

Cúmplase, acúsese recibo, comuníquese é insértese en el R. N.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Ley que suprime la tercera instancia en juicios correccionales y criminales y crea los recursos de casación y revisión.

Poder Legislativo.

El Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General,

DECRETAN:

CAPÍTULO I

Del recurso de casación y revisión.

Artículo 1.º Contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas en juicios correccionales y criminales, sólo se admitirán los recursos de casación y revisión de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

En los incidentes nacidos en segunda instancia en las causas á que se refiere este artículo, sólo habrá lugar al recurso de reposición, que se sustanciará con un traslado á la contraparte por el término de seis días.

Art. 2.º El Fiscal de Corte, que es parte necesaria en los recursos que establece esta ley, será oído en último término, aun cuando el recurso hubiera sido entablado por el Ministerio público, pero en tal caso podrá desistir de él si estimare erróneos los fundamentos en que se apoya, exponiendo las razones en virtud de las cuales adopte ese temperamento.

CAPÍTULO II

Del recurso de casación

I

DE LA CASACIÓN EN GENERAL

Artículo 3.º El recurso de casación procede en los casos á que se refieren los artículos 15 y 23 y deberá interponerse dentro del término perentorio de treinta días contados desde la notificación de la sentencia de segunda instancia.

Art. 4.º No podrán interponer el recurso de casación sino los que hubieren sido parte en el juicio criminal, y los que sin haberlo sido resulten obligados civilmente.

Art. 5.º El recurso de casación se interpondrá ante el mismo Juez ó Tribunal que dictó la sentencia que se trata de invalidar.

Art. 6.º En el escrito en que se interponga el recurso de casación se consignarán con toda claridad y precisión las causas de nulidad alegadas, citando la disposición legal en que cada una de ellas se funda, pudiendo exponer las razones que le sirven de apoyo.

Art. 7.º Interpuesto el recurso de casación no podrá hacerse ninguna alteración en él. Por consiguiente, no podrán agregarse nuevas causas de nulidad á las que hubieren sido aducidas al interponerlo, ni la sentencia podrá recaer sino sobre las alegadas en tiempo y forma.

Art. 8.º Las sentencias de segunda instancia no adquirirán la autoridad de cosa juzgada mientras no transcurra el plazo señalado para interponer el recurso de casación, é interpuesto éste, no se ejecutarán hasta que sea resuelto definitivamente.

Si la sentencia es absolutoria, el reo absuelto será puesto desde luego en libertad bajo fianza, no debiendo cobrarse honorarios por esta escritura ó caución, que se cancelará de oficio en el caso de no interponerse el recurso.

Art. 9.º Interpuesto el recurso, el Juez ó Tribunal cuya sentencia se trata de anular, examinará si concurren las circunstancias siguientes:

- 1.º Que la sentencia sea de las comprendidas en el artículo 13.
- 2.º Que el recurso se haya interpuesto dentro del término legal.
- 3.º Que se haga mención expresa de la causa en que se funda, y que esta causa sea legal.

Art. 10. Si el Juez ó Tribunal estimasen procedente el recurso interpuesto, lo admitirá, otorgándolo para ante la Alta Corte y elevará los autos dentro del tercero día.

Art. 11. El auto por el cual el Juez ó Tribunal a quo denegare el recurso de casación, será apelable en ambos efectos y concedido en relación para ante la Alta Corte de Justicia.

Art. 12. El Ministerio Público ó la parte que hubiere entablado el recurso, ó su procurador mediante poder especial conferido para este objeto, podrá desistir de dicho recurso en cualquier estado del procedimiento, siendo de su cargo las costas y aún los costos á juicio de la Alta Corte.

Art. 13. Procede el recurso de casación cuando la ley hubiera sido infringida en alguno de los casos siguientes:

- 1.º En las sentencias definitivas de segunda instancia.
- 2.º En las que se resuelvan artículos de previo pronunciamiento, en que se hayan admitido las excepciones de cosa juzgada, de prescripción del delito ó de la pena, ó aplicación de la amnistía ó indulto general; los que admitan la excepción de incompetencia de jurisdicción y en los que haga imposible la continuación del juicio.
- 3.º En los autos de sobreseimiento.

Art. 14. El Fiscal de Corte examinará todos los autos de sobreseimiento é interpondrá los recursos de casación cuando hubiere lugar.

II

DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

Artículo 15. Se entenderá que la ley ha sido infringida en la sentencia definitiva cuando los fundamentos de derecho hayan sido erróneamente aplicados á los hechos declarados probados ó no probados en el veredicto del Jurado ó en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º En que la sentencia después de calificar el delito con arreglo á la ley, imponga al delincuente una pena más ó menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al de-

terminar la participación que ha cabido al reo en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes ó eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena.

- 2.º En que la sentencia haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad á esa calificación.
- 3.º En que la sentencia califique como delito un hecho lícito é imponga pena al acusado
- 4.º En que la sentencia, calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado.

Se entenderá infringida la ley en los casos del inciso 2.º del artículo 13, cuando se haya incurrido en error de derecho al admitir la cosa juzgada, ó al considerar prescripta la acción penal, ó la pena, ó al comprender los hechos en una amnistía ó en un indulto general, ó cuando el Juez ó Tribunal haya incurrido en error legal, al admitir la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Se entenderá infringida la ley en los autos de sobreseimiento cuando no se haga lugar á una acción legal que corresponda por derecho.

Art. 16. Admitido el recurso de casación en el fondo por el Tribunal que hubiere dictado la sentencia reclamada, elevará éste, junto con los autos, copia certificada de los votos especiales que hubiesen emitido algunos de los miembros del Tribunal ó de las razones en que particularmente se hubiesen fundado algunos de los votos.

Art. 17. Elevado el recurso á la Alta Corte dará ésta traslado del escrito en que se hubiese deducido. Cada una de las partes que no hubiere litigado por una sola cuerda y el procurador común de las que hubieran litigado de esta manera, tendrá el término de diez días para contestar.

Si alguna de las partes no evacuase dentro del término el traslado conferido, cualesquiera de las otras podrá acusarle rebeldía, y pedir, si fuera el caso, que se proceda á ver el recurso sin más trámite en la forma establecida por el inciso 2.º del artículo 18.

Art. 18. Ni la causa ni el recurso de casación podrán ecibirse á prueba, ni decretarse diligencias para mejor proveer.

Sustanciado el recurso y oído el Fiscal de Corte, se señalará audiencia en la que las partes ó sus abogados podrán producir informes orales; pero no podrán discutir acerca de la exactitud de los hechos que el veredicto del Jurado ó la sentencia reclamada considere comprobados. Tanto las partes como la Alta Corte estarán obligadas á estimar dichos hechos como verdaderos.

La inasistencia de las partes ó de cualquiera de ellas á la audiencia señalada no impedirá la resolución.

Art. 19. En la sentencia, que deberá dictarse dentro de los veinte días siguientes, se expondrán brevemente los motivos en que se hubiere fundado el recurso y las razones alegadas por las demás partes para rebatirlas, los fundamentos que sirvan de base á la resolución del Juez ó Tribunal, la decisión de las diversas cuestiones controvertidas y la declaración explícita de si es nula ó no lo es, la sentencia reclamada.

Art. 20. Si la Alta Corte casare la sentencia reclamada, dentro del mismo fallo dictará la que proceda, aceptando los fundamentos de hecho del veredicto del Jurado ó de la sentencia de segunda instancia, reemplazando los fundamentos de derecho de la sentencia, que

conceptuare erróneos, por los que estimare como verdaderos y arreglados á la ley.

Art. 21. Si sólo uno de entre varios procesados hubiere entablado el recurso, la nueva sentencia aprovechará á los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les fueren aplicables los motivos alegados para declarar la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso.

Art. 22. Notificada á las partes la sentencia de la Alta Corte, el proceso será devuelto al Juez ó Tribunal á quo dentro del tercero día.

III

DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

Artículo 23. El recurso de casación en la forma deberá fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:

- 1.º Si el juicio se ha seguido en rebeldía ó si siendo á querrela de parte no se ha emplazado en forma al condenado.
- 2.º No haber sido recibida la causa á prueba, cuando así correspondiera, ó no haberse permitido á alguna de las partes rendir la suya ó evacuar diligencias probatorias que tuviesen importancia para la resolución de la causa.
- 3.º Haberse omitido durante el juicio la práctica de algún trámite ó diligencia dispuestos en la ley, so pena de nulidad.
- 4.º Haber sido la sentencia pronunciada por un juez ó con la concurrencia de un juez legalmente implicado ó cuya recusación estuviere pendiente ó hubiera sido declarada.
- 5.º Haber sido la sentencia acordada en un Tribunal colegiado por menor número de votos ó pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley ó con la concurrencia de jueces que no hubieren asistido á la vista de la causa, ó faltando alguno de los que hubieren asistido á ella.
- 6.º Haber sido la sentencia pronunciada sin intervención del Jurado, cuando correspondiera esa intervención, ó haber sido pronunciada por un Juez ó Tribunal manifiestamente incompetente ó no integrado en la forma establecida por la ley.
- 7.º Haber sido dictada en oposición á la cosa juzgada.

Art. 24. No será admisible el recurso de casación en la forma, si la parte que lo intenta no hubiere reclamado oportunamente para que se subsane la parte que le da origen, interponiendo los recursos legales.

No será necesaria esta reclamación cuando la ley no concediere recurso alguno contra la resolución en que se hubiere cometido la falta ó cuando ésta no hubiere llegado á conocimiento de la parte antes de dictarse la sentencia ó cuando hubiere tenido lugar en el pronunciamiento de la misma.

Art. 25. El recurso de casación en la forma se sustanciará del mismo modo que el recurso de casación en el fondo, y serán aplicables á ambos recursos las mismas reglas de procedimiento.

Art. 26. Si se invalidare la sentencia reclamada, la

Alta Corte pasará los autos al Juez ó Tribunal que dictó la sentencia anulada, á fin de que, con el Juez ó Jueces que deben subrogar á los que se hubieren pronunciado, continúen el conocimiento de la misma, desde el punto en que se cometió la falta que fué causa de la nulidad, sustanciándola y terminándola con arreglo á derecho.

Art. 27. Si la Alta Corte estimare que no se ha cometido ninguna de las infracciones de la ley de procedimiento en que se hubiese fundado el recurso, declarará que no existe la nulidad reclamada, condenará al recurrente, cuando no lo fuere el Ministerio Público, á pagar las costas, y mandará al mismo tiempo devolver la causa al Juez ó Tribunal que pronunció la sentencia, á fin de que disponga su cumplimiento.

CAPITULO III

Del recurso de casación en el fondo y en la forma

Artículo 28. Si el recurso versare á la vez sobre la forma y sobre el fondo, la Alta Corte no se pronunciará sobre este último, sino en el caso de estimar, lo mismo que en el del artículo anterior, que no se ha cometido ninguna de las infracciones de procedimiento alegadas y comprendidas entre las causales del artículo 23, y en ese caso fallará en la misma sentencia en cuanto al fondo, observando las reglas establecidas en la Sección segunda del Capítulo II de esta ley.

CAPITULO IV

Del recurso de revisión

Artículo 29. Habrá lugar al recurso extraordinario de revisión contra la sentencias definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada, en los casos siguientes:

- 1.º Cuando por diferentes fallos hayan sido condenados dos ó más acusados como autores del mismo delito, si dichos fallos no pueden conciliarse y suministran la prueba de la inocencia de uno ó de otro condenado.
- 2.º Cuando se haya condenado á alguno como autor, cómplice ó encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la sentencia.
- 3.º Cuando la sentencia se funde en un documento ó en el testimonio de una ó más personas, siempre que dicho documento ó dicho testimonio haya sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal.
- 4.º Cuando se hallasen ó recobrasen documentos decisivos ignorados, extraviados ó detenidos por fuerza mayor, ó por obra de la parte acusadora.
- 5.º Cuando una ley posterior haya declarado que no es punible el acto motivo de la condenación.
- 6.º Cuando la sentencia recaída se hubiere obtenido por cohecho ó otra maquinación dolosa, siempre que esto resultare probado por sentencias ejecutoriadas.

Art. 30. El recurso de revisión podrá deducirse por el Ministerio Público, por el condenado, ó por su cónyuge, descendientes, ascendientes ó hermanos.

La muerte ó incapacidad del condenado no impedirá que se deduzca el recurso para rehabilitarlo.

Art. 31. Su interposición puede hacerse en cualquier tiempo ante la Alta Corte, quien lo resolverá con audiencia del Fiscal de Corte, que hablará en último término.

Art. 32. En el caso del inciso 1.º del artículo 29, la Alta Corte anulará las sentencias, si existiese efectivamente contradicción en la designación de las personas que hubieren sido declaradas delinquentes, y dispondrá que se instruya de nuevo el proceso por el Juez á quien corresponda el conocimiento del delito.

En el caso del inciso 2.º del artículo 29, la Alta Corte anulará las sentencias y ordenará que se ponga inmediatamente en libertad al condenado, si resultase acreditada la identidad de la persona por cuya muerte se hizo el cargo y no hubiese tenido otra causa su enjuiciamiento y castigo. Si la muerte de la persona desaparecida no hubiese sido el único fundamento de la pena impuesta, habrá lugar á la revisión del proceso al solo efecto de la reducción de la misma.

En los casos previstos por los incisos 3.º, 4.º y 6.º del artículo 29, se procederá en la forma establecida en el inciso 1.º de este artículo.

En el caso previsto por el inciso 5.º del artículo 29 se ordenará la libertad del condenado.

Art. 33. La Alta Corte podrá decretar las diligencias que juzgue convenientes para mejor proveer.

Art. 34. Para que sea admisible este recurso, deberá acompañarse, al deducirlo, los documentos y pruebas correspondientes, ó indicarse con precisión la oficina ó archivo donde se encontraren y un testimonio de las sentencias respectivas que á la sola requisición de parte mandará expedir el juez de la causa.

Art. 35. El recurso de revisión para ante la Alta Corte, procede igualmente en las causas ó procesos militares, en los casos y mediante las formalidades establecidas en este capítulo.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 36. Las causas que se tramitan actualmente ante la Alta Corte, en tercera instancia, y que deberán ser vistas en juicio público con jurados, y aquellas en que al entrar en vigencia esta ley, se hubieren interpuesto los recursos de apelación contra las sentencias de segunda instancia, dictadas por uno de los Tribunales, pasarán á la Sala del Tribunal que no haya intervenido en ellas, para que las resuelva de acuerdo con lo que dispone el Código de Instrucción Criminal.

Cuando la segunda apelación se hubiere interpuesto contra una sentencia del Juez del Crimen, conocerá de ella el Tribunal de turno.

Art. 37. Las sentencias que dicte el Tribunal en el caso previsto por el artículo anterior, pasarán en autoridad de cosa juzgada y no podrán interponerse contra ellas los recursos de casación.

Art. 38. Las sentencias que se dicten en las causas que actualmente tramitan en segunda instancia ante los Tribunales de Apelaciones ó el Juez del Crimen, pasarán en autoridad de cosa juzgada y sólo se admitirán contra ellas los recursos extraordinarios establecidos y reglamentados por esta ley.

Art. 39. Deróganse todas las disposiciones que se opongan á la presente ley.

Art. 40. Comuníquese, etc.

Sala de Sesiones de la H. Asamblea General, en Montevideo, á 29 de marzo de 1909.

JUAN BLENGIO ROCCA,
Vicepresidente.

M. Magariños Solsona,
1.º Secretario del H. Senado.

Domingo Veracierto,
Secretario.

Ministerio del Interior.

Montevideo, abril 5 de 1909.

Cumplase, insértese en el R. N., comuníquese y publíquese.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 16--AÑO XV

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO, por el doctor José Irureta Goyena, pág. 241.

JURISPRUDENCIA:

El hecho de desempeñar durante largos años el cargo de Agente Consular de la República en el extranjero, no es suficiente para que pueda obtenerse la carta de ciudadanía legal, si no se ha cumplido con el requisito de la residencia establecido por el artículo 8.º de la Constitución.

Debe entenderse por residencia el domicilio, la vecindad dentro del territorio nacional; no pudiendo aceptarse la ficción de que el funcionario público que ejerce un cargo fuera del país, se halle residiendo en él.

Sólo corresponde al Poder Legislativo el conceder la ciudadanía legal, en mérito á los importantes servicios prestados por un Agente Consular en el extranjero, pág. 247.

Es procedente la acción por injurias, realizada con abuso de la libertad de escribir (artículos 404 y 407, inciso 1.º del Código de Instrucción Criminal), cuando se ataca por la prensa descarada y gravemente á personas que ejercen el sacerdocio, atribuyéndoles hechos calumniosos.

En estos casos, no procede abrir la causa á prueba, desde que los sacerdotes no ejercen funciones públicas sino excepcionalmente, y lo que á ellos se refiera recaerá sobre su vida privada, siendo de estricta aplicación, por consiguiente, el artículo 343 del Código de Instrucción Criminal, pág. 249.

LEGISLACIÓN:

Ley sobre el ancho de las calles, avenidas y ramblas, pág. 253.

Ley que suprime la tercera instancia en juicios correccionales y criminales y crea los recursos de casación y revisión, pág. 253.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Castro y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Cecilio Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaldi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sienra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Willson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE MAYO DE 1909

NUMERO 17

Exposición y crítica de nuestro régimen penitenciario⁽¹⁾

POR EL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

(Conclusión)

La experiencia no demuestra, por otro lado, que la cárcel, relativamente á los menores, sólo sirve para completar la ruina moral, iniciada fuera de sus muros; y que el estigma de la pena no hace más que agregar un nuevo motivo á los que ya tiene el sujeto para obrar mal.

Aceptamos, por consiguiente, en un todo las ideas de los filósofos criminalistas, que proponen sustituir la CUESTIÓN DEL DISCERNIMIENTO, por la de si el menor, es susceptible ó no de ser *reformado*, mediante un adecuado tratamiento moral. El Juez no debe preguntarse si el joven llevado á su presencia es consciente de su delito, sino, si puede ser accesible á las influencias de una buena educación.

Esto es lo que dice Prins, en su obra «Science Penale et Droit Positif». Transcribimos sus palabras: «De aquí resulta en primer término, dice el autor, que para los delinquentes todavía jóvenes, la misión esencial de la justicia es de examinar, no la cuestión de *discernimiento*, mas sí aquella de saber, si dadas las condiciones de su vida, de su medio, de su naturaleza, de sus antecedentes, el culpable es susceptible de recibir con fruto la acción del sistema educativo». Análogo pensamiento formula el profesor Glauker en el Congreso internacional de Anvers, de 1890.

Hay, pues, una edad por debajo de la cual, la ley debe presumir que el delincuente es susceptible de enmienda: esta presunción debe ser absoluta, *juris et de jure*, como se dice en el tecnicismo de los legistas: el sujeto que no ha llegado á ella no puede ser condenado. Los jueces, en vez de dictar una sentencia absolutoria, cumplen su misión ordenando se les interne en un reformatorio, casa de corrección, colonia agrícola, ó cualquier otro establecimiento de la misma índole, por un plazo que debe ser lo más largo posible.

Esa edad puede oscilar en cada país, según la precocidad de sus habitantes, ó el género de las causas que han incubado el delito. La legislatura belga lo ha fijado en diez y seis años, la de Alemania en diez y ocho, la de Nueva York y otros Estados americanos en treinta. Prins la gradúa en veinte años, Vidal en diez y ocho, Glauker

(1) Ver números 13 á 16, año corriente.

se extiende hasta el período de la mayoría civil. Esta tesis ha merecido los votos del tercer Congreso internacional de Auvers de 1898, y del más reciente de Asistencia pública y privada, celebrado en París el año 1900. La edad de diez y ocho años, nos parece un límite razonable entre nosotros.

Lo que se hace hoy en la mayoría de las naciones civilizadas es bien distinto. Las legislaciones penales, dividen en general la edad en tres ó cuatro períodos, más ó menos como sigue: primer período, irresponsabilidad absoluta, que se extiende entre ocho y diez años; segundo, presunción de irresponsabilidad con admisión de prueba en contrario, fijada entre diez y quince años; tercero, responsabilidad plena, valiendo la edad como circunstancia atenuante, que oscila entre 15 y 21; cuarto, responsabilidad ordinaria por encima de este límite. En el primer caso el niño es devuelto á sus padres, que la mayoría de las veces son los únicos culpables de la falta cometida por el hijo: lo mismo ocurre en el segundo, cuando se declara judicialmente la ausencia de discernimiento. En los demás casos, el menor es condenado á algunos meses de encierro en una prisión de la cual sale más pervertido é inadaptado que antes de su ingreso á ella. Es perfectamente evidente la ineficacia de tales medidas para defender á la sociedad contra las manifestaciones agresivas de la precocidad criminal.

No seguiremos adelante sin formular una observación que la juzgamos de gran importancia. Un mismo límite separa la edad en que según las ideas emitidas, debe ó no debe haber juicio ni condena. Supongamos que ese límite sea el de diez y ocho años: según el sistema prestigiado, el sujeto que no ha llegado á él, es remitido á un establecimiento de corrección donde permanece largo tiempo constreñido á un inteligente tratamiento educativo; el que lo ha franqueado, en cambio, aunque sea por demasía de algunas horas, es por el contrario internado en una prisión común, de cuyo recinto saldrá pocos meses después amparado por la circunstancia de su menor edad. Es decir, que la privación de libertad es mucho mayor respecto precisamente de aquellos en que la ley ha juzgado excesivo emplear el castigo. Se dirá que la reclusión de los primeros no es pena y la de los últimos sí; pero ambas medidas son igualmente restrictivas de libertad, y no es posible exigirle á un aislado que prescinda de sus sensaciones en la apreciación de un hecho que obra de una manera directa sobre su existencia física, para adoptar el criterio exacto pero demasiado subjetivo de la ley. Los menores procuran en Francia y otros países evitar esta mayor severidad de tratamiento cometiendo nuevos delitos en el Reformatorio, ó tratando de inducir en error á los jueces relativamente á su edad. Este no es el inconveniente más grave, sin embargo: el más grave es que estos sujetos que escapan al sistema educativo legal no habiendo cumplido aún veintidós años, salen de la prisión, después de una breve estadía en ella, mil veces más corrompidos que cuando entraron. El profesor Vidal propone reparar este mal internando al menor después de sufrida la condena en un establecimiento correccional hasta su mayoría de edad, ni más ni menos que si hubiese sido absuelto en el momento de la condena por falta de discernimiento. De una manera parcial eso es lo que se hace en Bélgica. Cuando los jueces se encuentran en presencia de un menor, que por su excepcional perversidad, consideran razonable condenar á algunos meses de prisión, queda á su salida de la cárcel á disposición del Gobierno, lo que significa que será conducido, si no tiene diez y ocho años, á una «Ecole de Bienfaisance». El Congreso de París de 1895 aprobó con sus votos este procedimiento.

El tratamiento educativo debe ser lo más largo posible. Es esta una idea, que hemos rozado varias veces en el curso del presente trabajo, pero respecto de la cual nos consideramos obligados á insistir una vez más.

La educación es siempre una obra de tiempo. La formación de la personalidad moral, no exige quizá un esfuerzo menos tenaz por parte del hombre, que la integridad de la personalidad física por parte de la Naturaleza. Es preciso dominar por el hábito, la inclinación nativa ó adquirida de hacer el mal; pero el hábito excluye toda improvisación. Pocas lecciones bastan para enseñar lo que es el bien: toda la sustancia de la moral, se contiene holgadamente en siete ó ocho artículos del decálogo cristiano; lo difícil es despertar en el corazón humano, el sentimiento correlativo. Mucho después que el sujeto sabe lo que es el mal, no sabrá todavía aborrecerlo debidamente. *Meliora video proquoque deteriora sequor.*

La idea no requiere tiempo, el sentimiento sí, porque es una destilación lenta y morosa de la misma idea. La gente del oficio sabe bien, cuán paciente es esta conquista del corazón humano. Todos los directores de colonias agrícolas,—leemos en Mr. Guillot,—á las cuales se mandan jóvenes de la Petite Roquette, «estiman con razón, que no hay nada absolutamente que esperar de la «estadía de un menor en una colonia, durante algunos «meses y aún durante un año entero; además de que es «imposible hacer seriamente el aprendizaje de un oficio «en plazo tan corto, el niño descuenta en cierto modo el «día de su salida, no aprovecha las lecciones que se le «dan, y como el soldado poco afecto á la carrera militar, «sólo piensa en una cosa, la liberación de su clase y la «emancipación de la disciplina». Sería fácil prodigar las citas de esta índole. Una mujer de gran experiencia en cuestiones penitenciarias, de excelente corazón y sumamente discreta, la actual directora de la Cárcel Preventiva Correccional de Mujeres, platicando con nosotros sobre este tópico, nos decía hace poco: «Preferiría que no se me enviaran las menores, á que se me manden por tan breve tiempo. Es triste verlas partir del establecimiento, resueltas á continuar su antiguo género de vida, después de un interregno que sólo ha servido para enardecérlas. No me resigno al hecho de que por la misma puerta que se penetra á los antros del vicio, se salga de la prisión. Muchas de ellas son sin embargo de buena índole y podrían salvarse.»

La reclusión debe, pues, ser duradera. En el Reformatorio de Elmira, el mejor sin duda de los establecimientos de ese género, no sólo es duradera, sino que es indeterminada. El sujeto sale más tarde ó más temprano, según los progresos que ha logrado hacer en moral, constatados por una minuciosa observación de su conducta, verificada día por día, desde su ingreso en el Reformatorio hasta su liberación. En cuanto á los recalitrantes, una vez averiguada su incorregibilidad, son enviados á una prisión común. El profesor Vidal, propuso en un luminoso *rapport*, la adopción de este sistema, llamado de *las sentencias indeterminadas*, en el Congreso de Auvers de 1890, tantas veces citado.

Prins, Garraud y otros muchos hombres eminentes en la ciencia penal, se muestran decididos partidarios de esta reforma.

No mostramos empeño en que el Uruguay le dé cabida en sus leyes, por tratarse de una doctrina poco experimentada hasta la fecha, pero sí insistimos en que la reclusión de los menores, debe ser larga, tan larga como lo requiere el éxito del tratamiento educativo á que deben ser sometidos.

La reforma general esbozada, no basta para conjurar

los peligros que implica una niñez abandonada á sí misma, desamparada por la familia y la sociedad, creciendo en un ambiente corrompido por la inmoralidad de la palabra y del ejemplo. Además de los menores que la falta de una buena dirección educativa ha conducido al delito, hay los que bajo el influjo de análogo desamparo moral, se hallan momentáneamente detenidos en el *escalón contiguo del vicio*. Estos no han contravenido á la ley, pero contravendrán más adelante. Figuran en esa categoría, los menores vagabundos, á quienes el hambre y los malos tratamientos ó la criminal explotación paterna alejan del hogar, —pobladores habituales de las calles y las plazas— llamados *Arab Boys*, por los ingleses;—los hijos de padres indignos ó viciosos, expuestos por consiguiente á todos los peligros que entraña la torpeza y el desorden de los mayo res; los hijos sin padres, retoños de la sensualidad humana, que la caridad pública recoge en sus hospicios y que la imprevisión pública lanza demasiado temprano, á la calle,—sin ánimo de ser honestos, ni fuerzas para poder serlo. Antes de que su caída sea más grande, es lógico acudir en su auxilio.

Prevenir es mejor que reprimir, según la nueva orientación criminalista. Si es justo obtener por medios educativos que un delincuente llegue á ser un hombre honrado, más justo es aún, conseguir por idéntico procedimiento que un hombre honrado no llegue nunca á ser un delincuente. La autoridad social debe tomar á su cargo la educación de todos estos parias del hogar, subrogando en sus derechos á los padres que no cumplan con sus deberes, ejerciendo la tutela de los que no tienen padres. Algo así se hace en los países donde el aumento de la criminalidad precoz constituye un serio problema de política penal. La Administración en Francia, además de proteger eficazmente á los asilados y á los huérfanos, se adjudica la tutela de aquellos que por incuria, desórdenes de conducta ó indignidad de sus padres, se hallen en una situación moralmente comprometida.

Tal ocurre con los ubicados en la categoría de *moralmente abandonados* por la ley de 24 de julio de 1889. Se entienden por tales los menores de 16 años que los padres, por razones dependientes ó no de su voluntad, dejan en un estado habitual de mendicidad, de vagancia ó de prostitución. Esa misma ley establece la pérdida de la patria potestad en favor de los hijos de padres indignos ó simplemente desgraciados. En los casos de graves condenas penales de los jefes del hogar, la ley es conminatoria: los jueces están obligados á declarar la pérdida de potestad; en todos los demás es facultativo. Entre éstos se cuenta aquel en que el padre y la madre, por embriaguez habitual, inconducta notoria ó por malos tratamientos, compromete la salud, la seguridad ó la moralidad de los hijos. En tales casos, el Consejo General del Sena, toma bajo su égida á los menores. Bélgica tiene una legislación bastante parecida, aunque tal vez un poco menos amplia y previsora. También el artículo 262 del Código Civil acuerda á nuestros jueces facultades sustancialmente análogas á las que confiere la ley francesa á los magistrados de aquel país, con algunas cortapisas y omisiones fáciles de destruir y subsanar. Pero sobre este tópico hablaremos más detenida y concretamente en los artículos que hemos prometido.

Hasta aquí hemos tratado de la reforma penal que impone la criminalidad de los menores, en una forma teórica y general: ahora debemos ocuparnos de los medios concretos que permiten objetivar institucionalmente esa reforma.

Los pensadores convienen, de acuerdo con las prácticas generales, que aún cuando sea un mismo fin educa-

tivo el que se persigue tratándose de menores delincuentes que el de menores viciosos ó abandonados, las instituciones y los medios destinados á darle cumplimiento no pueden ser los mismos. En un caso se trata de educar menores que han merecido la prisión, en el otro de enseñar menores que no la han merecido. En tesis general puede admitirse que la perversión de los primeros es mucho más grave y la tarea de corregirlos y enseñarlos mucho más difícil que la de los últimos.

En Inglaterra hay dos géneros de establecimientos: los *Industry School* y los *Reformatory School*. A los *Industry School* van los menores que no han cometido delito, á los *Reformatory School* los delincuentes. Los reformatorios suizos de tipo familiar, se hallan organizados según ese plan. La Administración francesa manda asimismo los delincuentes á la prisión correccional, á las colonias agrícolas ó á las colonias correccionales, según la edad y los caracteres del delito; los otros son colocados en hogares de buenos campesinos ó distribuidos individual ó colectivamente en talleres industriales, ó reservados en escuelas especiales fundadas por el Consejo General del Sena.

Con leves diferencias, Bélgica hace otro tanto. Un *quartier* especial de la prisión de Gand, sirve de alojamiento á los trasgresores de la ley penal por el tiempo que dure la condena; mientras que á los vagabundos y mendigos menores de diez y ocho años ó los que han cometido pequeñas faltas, y á los que mandan las comunas por motivos análogos á estos, se les destina á las *Escuelas de Beneficencia*.

Estas ideas cuentan con el apoyo casi unánime de la doctrina y fueron emitidas con brillo por Mr. Stevens, ex director de la prisión de San Gilles en el Congreso de Roma.

El régimen de la casa de corrección puede ser muy variado: de nuestras lecturas sobre la materia hemos sacado la impresión de tres tipos fundamentales. El tipo doméstico, generalizado en Suiza en el *Gran Ducado de Baden*, en el Tyrol, en *Siria* en los alrededores de la *Selva Negra*; el tipo caserno, así llamado por algunos y que es vulgar en *Rusia*, en *Italia*, en *España* y en todas las naciones centralizadas de Europa; y el tipo intermedio objetivado por la colonia de *Meltray*, en Francia, pero que existe también en *Inglaterra*, en *Holanda* y en *Austria*.

No seríamos capaces de hacer un bosquejo del primero con menos palabras y más colorido que Mr. Joly que lo ha visto, en una descripción hecha ante la Sociedad General de las Prisiones.

Permítasenos transcribir sus palabras: «Imaginaos, señores, la casa descrita por Juan Jacobo Rousseau con «sus muros blancos, sus paredes verdes y su jardín: colocala sobre una ventilada altura, al borde de un bosque, «en medio de las viñas, próxima á una aldea montada en «una colina; rodeadla de uno ó dos cobertizos, de un taller, de un establo, de una fuente; no busquéis otro sitio «de recreo que el camino mismo ó el espacio que separa «esas modestas construcciones: he ahí la *Retunstadt* de «la Suiza. Cuando hayáis visto una, las habréis visto todas». Lo que llamaremos su organización interna, corresponde punto por punto á esta patriarcal sencillez, de la casa y del lugar, descrita por Mr. Joly. Los guardianes, si tal nombre puede aplicarseles á quienes preocupan más la educación que la seguridad del asilado, son á la vez cultivadores, ganaderos y maestros de primeras letras. Serafín Biffi que visitó hace algunos años esos reformatorios, verdadero honor de la Suiza, nos pinta de esta manera á sus directores: «Trasladádome á visitar un asilo, no pocas veces me encontraba á la entrada ó en la huerta

con un hombre en traje tan adecuado al más humilde trabajo de campo, que nunca hubiera adivinado que fuera el director. El me introducía en seguida en la casa, mostrándome sin preparativos y por decir así, desde la bodega hasta la azotea. Era digno de verse el orden ejemplar que se notaba allí; se les había inculcado á los alumnos que se portaran y tuvieran cada cosa dispuesta para sufrir un examen en cualquier momento. Visitando la casa me llevaba á la escuela, y aquel modesto individuo que á primera vista no se distinguía de un labrador, se mostraba un hábil maestro. Aquellos directores eran bastante instruidos en su materia y algunos verdaderos sabios: hablaban bien de literatura, de física, de botánica y de geología.

El número de internos admitidos en estos establecimientos es siempre pequeño: treinta ó cuarenta á lo más. La esposa del director se ocupa del arreglo de la casa y de los quehaceres domésticos en general, y á la hora de comer se sienta á la mesa con los asilados. También le está confiada en gran parte la dirección de la enseñanza religiosa. En una palabra: el pupilo y sus maestros están juntos á la hora del trabajo, de la escuela, de las comidas y de la oración. Si esto no es un hogar, preciso es confesar que se parece á ello como una gota de agua á otra. Los resultados superan el éxito mayor hasta aquí alcanzado. Basta un dato. Hace muy poco un escritor francés fijaba en 40 % el promedio de la reincidencia francesa relativa á la casa de corrección, y estimaba sólo en 2.50 % la de los minúsculos reformatorios suizos.

El modelo *caserne*, es como lo deja sospechar la denominación con que ha sido catalogado, un soberbio edificio con grandes talleres, numerosas escuelas, espaciosos patios, hermosos jardines, con un cuadro impresionante de maestros instructores y vigilantes, donde se guarda y enseña á un crecido número de jóvenes y donde todo se mueve á compás, mecánicamente por así decirlo, á golpe de tambor y son de clarines. Aparentemente nada falta en ella; deslumbran por la magnificencia de su arquitectura y la complejidad de su organización: comparados con los humildes reformatorios suizos, aquellos parecen el comienzo de un proceso evolutivo que termina en éstos. Sus maestros son más sabios, sus talleres mejor montados, sus obras más artísticas, su producción más elevada, sus pupilos más hábiles. La disciplina es por otra parte, tan previsora que parece destinada á satisfacer y á realizar la más alta y exigente concepción de orden y armonía: todo está calculado en ellas, desde el número de botones que debe llevar cada blusa, hasta el formulario de pedidos al Director: un gran resorte parece distribuir y concertar la gran actividad de estos establecimientos. Son el orgullo de las naciones que los poseen y los exhiben con gusto á los extranjeros. Todas las manifestaciones tangibles externas de un excelente plan educativo, se condensan en estas grandes escuelas correccionales; el espíritu seducido por tales apariencias se pone resueltamente de su lado.

No hay que dejarse engañar, sin embargo. Toda la grandeza objetiva de estas instituciones, no vale la grandeza subjetiva del reformatorio suizo. Hay en ellos más disciplina que moral, más ordenanza que persuasión. El discípulo está á una gran distancia afectiva del maestro, distancia que no se acorta con el transcurso del tiempo.

Las relaciones entre uno y otro son intelectuales, nada más que intelectuales: el primero enseña y el segundo aprende ó procura aprender, pero no hay un cambio sincero de afectos entre ellos. Falta en estas instituciones el amor, la caridad, la cálida animación de los sentimientos. Es de formar el corazón del joven más que de enriquecer su inteligencia, de lo que se trata; es bien poca cosa

darle un oficio á quien necesita una coraza contra sus malas pasiones. La palabra basta para enseñar que dos y dos son cuatro; pero es insuficiente para inculcar á un hombre el respeto á la propiedad ó el amor á sus semejantes. Es preciso revestir la educación moral, bajo una cubierta de afectos. Cuando el discípulo haya aprendido á amar al maestro, sabrá amar también todas sus enseñanzas, y estará agueruido para observarlas. ¡Cuántas veces el recuerdo de la virtud paterna ha logrado evitar una caída, resuelta en el fondo de la conciencia con el mayor desprecio de la moral! Los capellanes de las cárceles saben bien cuán ligados están en el espíritu humano la virtud y los sentimientos: su primer cuidado cuando tratan por primera vez á un penado, es despertar su vida emotiva para elevar sobre esa base la futura redención moral. Un penado que llora por el recuerdo de su madre, no está lejos de llorar su delito. El hombre se compone de amor, decía un filósofo: abrid en su corazón una brecha al afecto, y por ella podréis hacer entrar todos los demás sentimientos.

Le falta al género de educación que se inculca en estos establecimientos, la base emotiva que es el verdadero secreto del éxito en materia moral. En la generalidad de los casos, el joven cuya tutela se abroga la sociedad, necesita dos cosas: aprender un oficio y adquirir hábitos de moralidad,—lo último mucho más que lo primero. La educación industrial se adquiere perfectamente en ellos, pero la educación de los sentimientos fracasa en la mayoría de los casos.

Nada hay conocido hasta la fecha que supere la fuerza y el valor educativo de un buen hogar: el defecto de las escuelas que examinamos es no parecerse en nada á esas instituciones, así como la virtud del modesto reformatorio suizo consiste en su organización esencialmente doméstica. Poco á poco la experiencia va convenciendo á los filósofos: que el hombre se pierde por falta de una familia y se redime por su influencia.

Pasemos al tipo Mettray. Este es una feliz combinación del *Rettungstaldt* suizo y de la *caserne* prusiana. Del uno tiene la cualidad de congregar muchos educandos en un mismo establecimiento; del otro la de hallarse dividida su población en núcleos domésticos de 30 á 35 individuos cada uno con su respectivo jefe de familia y su *hermano mayor*, que es uno de los mejores asilados. El primero de estos establecimientos fue fundado por Demetz, con el apoyo del vizconde Bretignières cerca de Tours en 1850. Cada una de estas familias se aloja en su respectiva casita. Se enseñan diversos oficios industriales, pero se procura sobre todo inclinar al educando al cultivo de la tierra. A la hora de la escuela y de los oficios religiosos, se reúnen todas las familias bajo un mismo techo, medida que tiene por objeto impedir que la separación se convierta en animosidad de unos grupos contra los otros.

A la entrada, el educando es conducido á una celda, donde permanece algunos días, siendo visitado con frecuencia por el capellán, el director y otros funcionarios de la colonia.

Transcurrido este breve período, es incorporado á una de las diversas familias en que se subdivide la población. El número de individuos que comprende cada familia varía según los antecedentes morales de sus miembros competentes: las buenas categorías admiten más contingente que las malas.

En la adjudicación del alojamiento existe también cierta jerarquía: hay un pabellón más confortable que los otros, destinado á habitación de los mejores grupos.

En algunas de estas colonias, como en la Mettray fran-

cesa, existe un departamento celular para recluir menores, rebeldes á la educación ó disciplina paterna, cuyos nombres—á excepción del director—todo el mundo ignora en el establecimiento. Esta reclusión no es continua, sino alternada con paseos, al aire libre, en compañía de los maestros. He aquí sobriamente expresado, en qué consiste este nuevo *specimen* de casa correccional.

Juzgamos que es un buen sistema. Esta distribución en familia, le permite gozar de alguna de las ventajas inherentes al *Reithustadt* suizo, mientras que la concentración del tipo *caserne* reduce los gastos de sostenimiento y simplifica la fiscalización. Este es el modelo que nos permitimos aconsejar para nuestro país.

Desde luego, con las ideas hasta aquí verditas, es lógico rechazar el tipo disciplinario de cuartel, por sus enormes deficiencias como sistema educativo. Estas deficiencias no son de lugar ni de tiempo, sino de organización y de índole institucional: deben por lo tanto manifestarse, lo mismo en el Uruguay que en la China. El más sabio plan directivo, no lograría subsanar tal omisión. No es posible, pues, fijar la vista en ese modelo con la deleznable esperanza de infundirle mayor equilibrio por el estudio y la observación. El reformatorio suizo, condensa todas las buenas condiciones, pero es imposible lograr su incorporación al mecanismo de nuestras instituciones. En vano se volvería los ojos á un lado y á otro, buscando los hombres preparados que quisieran consagrar sus energías á la realización de una obra que requiere tanta abnegación como modestia y desdén por los éxitos ruidosos. Posiblemente no se les hallaría fuera de los valles mismos de la Suiza. ¿Cómo pensar entonces en semejante aclimatación institucional? Cuando fermentaban en Francia los famosos sucesos, que dieron origen á la no menos famosa Revolución, un diplomático yankee, testigo ocular de aquella tremenda agitación, escribía á un «alto funcionario de su país: «Los franceses quieren fundar una libertad á la americana, pero se olvidan que les falta un pueblo americano». No olvidemos tampoco nosotros que las instituciones eminentemente suizas como el *Reithustadt*, necesitan hombres suizos.

La colonia tipo Mettray, no suscita los mismos inconvenientes prácticos. La adquisición de una área próxima de terreno en el Departamento de Montevideo, próxima á una estación ferroviaria, y la construcción en él de algunos pabellones de madera, tres ó cuatro, no costarían gran cosa, y permitiría resolver de inmediato el problema penitenciario suscitado por la criminalidad de los menores. La venta del edificio, donde se halla actualmente instalada la Cárcel Correccional que debe quedar disponible con el traslado de ella al local más espacioso y apropiado de la Penitenciaría, alcanza y sobra para cubrir los gastos que demanda esta reforma. La venta de los edificios carcelarios centrales, para construir en barrios excéntricos nuevos y más espaciosos locales, aprovechando la diferencia de valor de los terrenos, es una operación que en los países de buena administración penitenciaria se practica todos los días.

La cárcel de Fresnes, en Francia, se ha construido recientemente con los recursos obtenidos por la enajenación de Santa Pelagia, Mazás, y la Petite Roquette. La institución libre denominada «Maison verte» en Berlín, ha realizado dos veces en espacio de pocos años esa misma operación, la cual le ha permitido extender su égida protectora á mayor número de menores.

En la colonia por nosotros proyectada, debían enseñarse—además del cultivo agrícola, destinado á ocupar un lugar preferente—algunos otros oficios, como el de carpinero, zapatero, etc. La razón es obvia: En primer término

el trabajo de la tierra carece de continuidad: hay largos períodos de tiempo en ciertas estaciones del año en que la suspensión de las tareas se impone necesariamente. El ocio de estos días podría distraerse en la enseñanza de oficios suplementarios al de la agricultura, como el de componer un arado, hacer un rastrillo, fabricar una vivienda, construir una puerta, etc., etc. En segundo lugar, sería posible habilitar económicamente á los que por su falta de vigor corporal no resisten las pesadas tareas de la agricultura. Así se procede en Europa, en las colonias de esta índole. Podemos repetir nosotros lo que á propósito de esta misma cuestión decía un inspector de la Petite Roquette: «se labra la tierra no con gatos sino con buyes, y algunos de nuestros pequeños parisienses no podrían ser clasificados en esta última clase de cuadrúpedos».

A este establecimiento serían enviados los menores delincuentes del sexo masculino, cuya presencia en el hogar se considerase peligrosa á juicio de los magistrados, hubiesen ó no obrado con discernimiento, y sin perjuicio de practicar en el interior de él las separaciones que esta circunstancia, ó los antecedentes morales de los sujetos, prescribieren como convenientes.

¿Y las menores delincuentes, y los menores de uno y otro sexo, que no han cometido delitos, pero cuya tutela debe abrogarse el Estado según los principios emitidos en este trabajo? Vamos á ocuparnos en seguida de ellos. A las menores delincuentes opináramos que se debía continuar enviándolas como hasta ahora á la cárcel de mujeres. Esto no es lo ideal pero es lo práctico. El Estado no se halla en condiciones de iniciar nuevas construcciones, y sin ayuda de ellas es ridículo soñar en reformas penitenciarias. Son por otra parte hoy muy pocas las menores, para justificar la erogación que demandaría la instalación de un reformatorio especial. El aislamiento de las adultas dentro de la cárcel, practicado con la severidad que se observa actualmente, es la única reforma susceptible de propiciarse por el momento.

En cuanto á los otros, es decir á los viciosos ó desgraciados, de ambos sexos, el camino está adoptado al menos parcialmente: las mujeres, deben ser internadas en el Asilo del Buen Pastor; los hombres en la Escuela de Artes y Oficios. Se nos observará, quizá, que esta última institución tiene del punto de vista educativo, los mismos defectos que hemos señalado al tratar del tipo disciplinario ó de *caserne*, pero no cabe por el momento asesorar otra cosa. La ruta del progreso no puede andarse de un solo paso; esas instituciones existen y es sensato hacerlas contribuir á la reforma general en el grado de que son susceptibles, antes de renunciar definitivamente á ellas: toda guerra al pasado, ha dicho un ingenioso escritor, es una guerra civil: también lo es toda guerra sin cuartel declarada al presente en nombre de un porvenir ideal.

Inventariando esta disertación, llegamos á las siguientes conclusiones:

1.º Sustitución de la pena relativamente á los menores de 18 años, por el tratamiento educativo durante un largo plazo, lo cual exige la supresión del discernimiento establecido en el Código Penal.

2.º Detención suplementaria en un Reformatorio de los jóvenes condenados á prisión, mayores de 18 años, por un plazo variable, que no podrá extenderse más allá de la mayoría de edad.

3.º Tutela educativa de los menores viciosos ó desgraciados, subrogando la autoridad paterna en los casos necesarios.

4.º Envío de los menores delincuentes á una colonia agrícola, tipo «Mettray», fundada con los recursos que

depare la venta del edificio destinado actualmente á Cárcel Correccional; y separación de las menores en la Cárcel de Mujeres.

5.º Alojamiento de las menores no delinquentes tuteladas por el Estado, en el Asilo del Buen Pastor, y en la Escuela de Artes y Oficios, según el sexo á que pertenecían.

Pasemos á otro tópico. La pena de penitenciaría nos obliga á hacer algunas observaciones que hemos dejado pendientes páginas atrás, relativas al período de reclusión celular y al trabajo fuera de la cárcel.

El período celular no puede durar más de seis meses, según el inciso 1.º del artículo 91 del Código Penal en vigencia.

Habiendo sostenido en el curso de este trabajo la conveniencia de imponer la celda á los condenados á pena de prisión, lógicamente debemos encontrar demasiado breve aquel plazo. La pena de prisión dura en efecto de tres meses á dos años. Dijimos al estudiar esta cuestión, que si parecía demasiado aventurado, debutar en el régimen celular, por un período tan lato como es el máximo de esta pena, se hiciese obligatoria la celda sólo por un año y facultativa por el resto, con opción en este caso á una rebaja de pena. Pues bien: el período celular no debe ser más breve, respecto de los condenados á penitenciaría, que respecto de los condenados á prisión. Una razón por demás evidente se opone perentoriamente á ello. No es posible sin menoscabo de la lógica y la justicia, que los más temibles transgresores de la ley resulten menos castigados que los autores de delitos poco graves. El dolor es hoy uno de los elementos de la pena, así como en un tiempo ha sido el fin exclusivo de ella, y es natural que exista cierta equidad en su distribución.

La celda es en general más aflictiva que la prisión común; el criminal teme más aquella que ésta. Es justo, pues, que no experimenten este alivio precisamente aquellos que por la índole de su causa, menos derecho tienen á la benignidad penal. Un exceso de suavidad, por ligero que sea, establecido en favor de las penas reservadas á los mayores delitos, podría dar origen al extraño fenómeno, ya ocurrido en otras partes, de que un malhechor procure durante la instrucción del sumario ó en la escuela del juicio agravar las circunstancias de su delito, para merecer un castigo que el criterio del legislador y la sensibilidad del penado aprecian de distinta manera. ¿Qué tendría de extraño, por ejemplo, entre nosotros, si se dejara subsistir el desequilibrio anotado, que un criminal prefiriese veintiocho meses de penitenciaría á veinticuatro meses de prisión, siendo la primera de estas penas mixta, y la segunda celular? El rigor de un castigo nadie sabe clasificarlo con mayor exactitud que el penado; si el criterio legal es erróneo, él hallará medio de explotar esa circunstancia en su favor. Cuando se inició en Francia la deportación de los delinquentes de gran fuste, algunos condenados á prisión que juzgaban aquella pena más benigna, cometían delitos en la cárcel misma, para lograr su aplicación. Y sucedía entonces que la condena merecida por un crimen, lograba suavizarla el criminal, con la ejecución de otro nuevo crimen.

La ley de 30 de marzo de 1895, derogando en parte el artículo 91 del Código Penal estableció que mientras no se organizaran los talleres en las cárceles centrales, ó se fundasen colonias agrícolas, los penados á penitenciaría podrían ser destinados á trabajos públicos. Como manifestamos en otra parte de esta disertación, no somos bajo ningún principio adversarios de tal medida, ni podríamos lógicamente serlo sin colocarnos en abierta opo-

sición con la doctrina. Los trabajos públicos han sido aceptados por los congresos de Roma y de San Petersburgo, por la Comisión Real Inglesa de 1879, instituida con el objeto de estudiar las leyes sobre servidumbre penal, por la sociedad de juristas holandeses en sesión 29 de junio de 1901, y por otros altos senados y eminentes autoridades científicas.

Permítasenos citar algunas palabras del informe de la Comisión Real, verdaderamente interesante entre otras cosas por lo preciso de sus conclusiones. Dice así: «Estamos convencidos que un empleo severo de los detenidos en los trabajos públicos tiene las más grandes ventajas. Les da hábitos de industria; los acostumbra á tratar la tierra, á hacer pozos, á construir rutas, á tallar piedras, á elevar muros, á hacer ladrillos, á ejercer toda clase de oficios, que el aislamiento de la celda no permite. Además estos empleos les permiten colocarse fácilmente después de su liberación, pues en general las gentes empleadas en trabajos rudos son reclutadas, sin que se haga una investigación minuciosa acerca de sus antecedentes. El trabajo más importante realizado por los convictos es el ejecutado bajo forma de trabajo público, es una prueba de que pueden devolver una parte considerable del precio que cuesta su sostenimiento. Un *rapport* mucho más moderno, de 1895, producido por los comisarios de prisión, confirma las conclusiones que anteceden.

El empleo de la mano de obra del penado ha permitido, por otro lado, llevar á cabo obras gigantescas en Inglaterra, en Austria y otros países. Las construcciones en el primero de éstos, en Portland, Pormouth, Chattam, llaman justamente la atención de los que han podido observarlas. En Viena, hace muy poco, los reclusos de la Penitenciaría de Montrovitz han realizado en pleno invierno los trabajos necesarios para volver á su cauce el río Grave, obra ante la cual habían retrocedido los obreros de la población libre.

Pero los éxitos más grandes han sido alcanzados hasta ahora, en las explotaciones agrícolas. Italia, ha logrado en pocos años utilizando las energías del penado, convertir zonas incultas y malsanas de tierras, en feracísimas y prósperas colonias. En ese caso se halla la de Castiadas en Cerdeña, la más grande de Italia y quizá de mundo entero. El lugar en que hoy se extiende la colonia, con sus mil hectáreas de tierra cultivada, sus carreteras y líneas telegráficas, era antes una landa desolada, donde apenas hallaban alimento algunas manadas de cabras salvajes.

Los resultados obtenidos allí con este sistema, han sugerido no hace mucho al Guardasellos, signor Giannetto, la presentación de un proyecto de ley, con el objeto de generalizar el empleo de la mano de obra del penado en el saneamiento y cultivo de las tierras, insalubres ó estériles. Esta es por otra parte una de esas ideas sobre la cual ha insistido con mayor ahínco la escuela positivista.

La ley del 95 nos parece, pues, en general bien concebida; nuestra discrepancia, según lo hemos expresado, arranca de que no se han hecho en ella las distinciones necesarias relativamente á su aplicación. Todos los condenados á pena de penitenciaría pueden ser sometidos á los trabajos públicos, con tal que así lo quiera el director de la Cárcel. Eso es lo que censuramos. Debía, á nuestro juicio, haberse hecho una clasificación basada en la *polifinalidad* de la pena. El castigo tiende, como es sabido, á la individualización; su fin no es el mismo, con relación á todos los malhechores. Hay delinquentes que basta con intimidar, hay otros que es preciso corregir, hay algunos, en fin, que es necesario eliminar. El de-

fecto en general de la escuela clásica y en particular de la escuela correccionalista, es no haber columbrado esa profunda verdad.

Las penas eliminativas, que son las de muerte, prisión perpetua, relegación perpetua, se imponen á los delinquentes incorregibles. El criterio más cierto para inducir la persistencia de la voluntad criminal, es la reincidencia, pero también es científico y práctico el que se funda en la naturaleza del delito. La ley francesa de 27 de mayo de 1885, sobre relegación, adopta el primero de esos criterios y en cierto grado el último.

La pena de penitenciaría durante diez, doce y quince años, puede ser correctiva, pero prolongada más allá de ese tiempo, es nítidamente eliminativa. El sujeto que al cabo de quince años de encierro no modifica por lo menos sus propósitos de vida, es en absoluto refractario á la enmienda: la vejez y los quebrantos inherentes á la reclusión habrán segado quizá la fuente de sus energías, pero el rescoldo arderá siempre bajo las cenizas. Quiere decir, pues, que cuando se impone á un criminal una pena superior á este límite, es porque á su respecto, las medidas correctivas son juzgadas ineficaces; el caso ha parecido poco grave para ser reprimido con la muerte, y se ha fijado en cambio un plazo de eliminación social que no es perpetuo, pero que equivale á la perpetuidad, porque el criminal acaba sus días en la cárcel, ó sale de ella quebrantado por la acción simultánea de los años y de la disciplina.

En una palabra: el objeto filosófico de esa pena, es impedir la reincorporación á la sociedad de ciertos individuos, antes de que la decadencia física y el hábito de la sumisión, hayan neutralizado totalmente su perversidad.

Es evidente que ese fin lo mismo se consigue destinando al penado á trabajos públicos, bajo una severa vigilancia, que utilizando sus fuerzas en los talleres, dentro del estrecho perímetro de una cárcel. Luego, la penitenciaría, que es un establecimiento ideado con fines principalmente correccionalistas, debía reservarse para los malhechores, condenados á penas más breves, á propósito de los cuales, la función moral de reforma es tanto un deber como una necesidad.

Creemos que la siguiente clasificación basada en la combinación de los años de condena y la edad del penado, sin ser una fórmula científica, responde en general á aquella idea:

TRABAJOS PÚBLICOS

Años de condena	Edad del penado
30	Todos
30 á 25	20 á 30
25 » 20	30 » 40
20 » 15	40 » 55

Pena de penitenciaría: todos los demás.

Los trabajos elegidos hasta ahora han sido los de construcción de caminos y extracción de piedra en canteras del Estado. Nada tenemos que observar á este respecto; la elección está bien hecha. Hay una obra aparte de estas, que por muchas razones debía

confiarse á los penados, que es el drenaje y saneamiento de los bañados de India Muerta en el departamento de Rocha. Las disposiciones del título XI del Código Rural permitirían adquirir á la administración penitenciaria, zonas riquísimas de tierra vegetal en esos lugares, que podían destinarse posteriormente á la fundación de una colonia agrícola, ó distribuirse en pequeños lotes á los penados mismos una vez en libertad, con las restricciones enajenativas y demás cláusulas de garantía con que se hacen análogas concesiones en otras partes. Desgraciadamente las frecuentes agitaciones políticas de este país, no permiten aconsejar una medida que fracasaría fatalmente, por su falta de seguridad.

Dos palabras aún, sobre las mujeres penadas.

Las condenadas á penitenciaría, de todo el territorio de la República, son internadas en la Cárcel Correccional de Mujeres, juntamente con las condenadas á prisión del departamento de Montevideo. Su número es escaso: contándose las encausadas, pues es también cárcel preventiva, rara vez pasan las aisladas de cincuenta. En todas partes, las mujeres se distinguen por su mayor moralidad estadística: los autores convienen en que cometen seis ó siete veces menos delitos que el hombre. Las cifras de nuestro movimiento, tanto judicial como carcelario, robustecen la verdad de esas.....

El día 13 de julio del corriente año, (1) había en la Cárcel Penitenciaria y Correccional de varones, 423 y 295 detenidos, mientras que en la Cárcel de Mujeres sólo existía la trece avas parte del contingente masculino carcelario, ó sea 53 aisladas.

Véase por otra parte, el siguiente cuadrado, formado con datos de nuestro anuario estadístico, relativo á los años 1899 y 1900, en el que se consignan fielmente el número de varones y mujeres que ingresaron á las Jefaturas de la Capital y campaña, y el número de las que fueron sometidas á los Jueces de Paz, Correccional y Criminal del departamento de Montevideo:

JEFATURA DE MONTEVIDEO

Años	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	5,084	832	16 %
1900	4,526	834	18 »

JEFATURAS DE CAMPAÑA

Años	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	4,191	231	5 %
1900	4,534	302	6 »

JUZGADOS DE PAZ

Año	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	827	112	14 %

JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE 1.º Y 2.º TURNO

Años	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	884	65	8 %
1900	810	46	7 »

(1) Este trabajo fué hecho el año 1902.

JUZGADO LETRADO DEPARTAMENTAL

Años	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	644	50	8 %
1900	438	30	7 %

JUZGADOS DEL CRIMEN DE 1.º Y 2.º TURNO

Años	Varones	Mujeres	Porcentaje de mujeres en unidades
1899	190	11	5 %
1900	344	38	11 %

Las mujeres condenadas á prisión por ciertos delitos cometidos en los departamentos, permanecen en las cárceles de la localidad en virtud de los artículos 85 y siguientes del Código de Instrucción Criminal. Es la reforma de ese artículo la que nos mueve á agregar algunas palabras más á lo que llevamos dicho en esta fatigosa disertación. Sería, á nuestro juicio, una gran iniciativa penitenciaria, la que tuviera por objeto centralizar en la actual Cárcel de Mujeres á todas las penadas de la República. Su situación en las prisiones departamentales es sencillamente deplorable. Mal aisladas de los demás penados, expuestas á las afecciones lujuriosas de sus propios guardianes, privadas de todo apoyo moral y religioso, bajo la dirección de un personal que circunscribe sus deberes á impedir que se evadan, esta pena afrenta más á la administración de justicia que á las mismas penadas. Sabemos que muchos Jueces de campaña, hondamente impresionados por este estado de cosas, se han dirigido á los tribunales pidiendo su remedio. El remedio está en la centralización. La mujer no puede tener otro guardián que la mujer: únicamente ella es capaz de guardarla, dirigirla y exhortarla sin menoscabo de la moralidad. El hombre sólo puede amarla ó despreciarla: si es bastante fea para no provocar su voluptuosidad, no será bastante digna para no merecer su desprecio. En la cárcel central, no falta ni espacio para guarecerlas, ni buena voluntad para intentar su reorganización.

En nuestra calidad de miembro del Consejo Penitenciario, hemos tenido ocasión de apreciar bien de cerca el orden que reina en ese establecimiento y el celo que despliega su directora en el cumplimiento de su misión. Los resultados están ahí, por otro lado, para probarlo. Sobre un total de más de cuatrocientas penadas, en el transcurso de cuatro años, no cuenta la cárcel más que tres reincidencias.

Pero no es esto lo más sugestivo: lo más sugestivo es que muchas de esas antiguas detenidas, tan señaladas por su estolidez como por su impudicia, son hoy honestas mujeres, que no conformes con hacer y practicar lo que aprendieron en la cárcel, enseñan y moralizan á desgraciadas mujeres de su *entourage*, destinadas quizá como ellas, por la miseria y la ignorancia, á rodar con el tiempo, hasta el fondo de una prisión.

No contamos milagros; estas reformas tienen una explicación natural: se trata de pobres mujeres incultas, criadas muchas de ellas al azar en la desierta soledad de nuestros campos, sin educación literaria ni moral y en cuya maldad, por consiguiente, es preciso reconocer tres cuartas partes de ignorancia.

Hace algún tiempo fué encerrada en esta cárcel una menor acusada de haber dado muerte á una criatura de meses, hija de sus patrones. Interrogada por la di-

rectora acerca de las causas que la habían movido á cometer aquel delito, contestó sencillamente, que habiéndosele caído de los brazos, resolvió despenarla, porque el espectáculo de su sufrimiento le hacía mucho daño, y que no creía haber hecho mal alguno con ello, pues sus patrones hacían otro tanto con los corderitos moribundos.

Esta explicación parece más una burla que una justificación. Entretanto, la directora que es una mujer sagaz y de gran experiencia, cree que ella es sincera: muchos meses de observación no le han permitido descubrir otra cosa en la menor, que una profundísima ignorancia. Es natural, pues, que suprimida la causa del vicio, desaparezcan sus manifestaciones.

Sabemos que esta medida eleva un poco los gastos por concepto de conducción, pero eso no es de arredrar. Los especialistas saben bien, que no hay capital que á la larga reditue más crecido interés que el que se invierte en obras de moralidad. Por otra parte, esta reforma sólo la hacemos extensiva á las penadas, y no á las prevenidas, que por las exigencias mismas del juicio, deben permanecer en los departamentos.

Callamos aquí otras reformas, como la modificación del régimen alimenticio, la proveeduría por administración, la instalación de una sala central de cirugía, por haber sido ya indicadas por el doctor Giribaldi con mucha más autoridad que nosotros, en un trabajo anteriormente citado.

Vamos á terminar ya este extensísimo discurso.

Sentimos de veras, no haber puesto menos palabras en nuestras ideas, y más ideas en nuestras palabras. Tenía que ser así. Es propio de las inteligencias modestas pero empeñosas, suplir la calidad con la cantidad.

JURISPRUDENCIA

La investigación de la maternidad natural, regida por el artículo 219 del Código Civil, no debe hacerse extensiva á los sucesores ó herederos del hijo.—como lo demuestra el artículo 201 del mismo Código al ocuparse de la investigación de la maternidad legítima. Es lógico suponer, de acuerdo con las fuentes de la disposición legal, que el legislador no ha querido dar mayor amplitud á la indagación de la maternidad natural que á la de la maternidad legítima, desde que la primera afecta el interés y el honor de la familia con la divulgación de hechos deshonorosos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vista la pretensión acerca de esta herencia, deducida por don S. F. y F. á nombre y representación de F. E., P. y A. R.

Resultando: Que los pretendientes manifiestan ser hijos legítimos de un hermano natural del testado, y al efecto de establecer el parentesco legal que debe ligarlos con el causante de esta sucesión, inician á f. 34 una información—la producida de fs. 38 á 55—tendiente á acreditar y á provocar la declaración de la maternidad natural de doña P. R., abuela de los pretendientes, acerca del causante de esta herencia don P. R.;

Resultando: 1.º Que el causante F. R. falleció siendo soltero y sin herederos legítimos; 2.º Que el causante no fué reconocido en forma de derecho por su presunta madre natural, la cual falleció antes que el primero; y 3.º Que el causante falleció siendo mayor de edad, sin haber intentado provocar la declaración de su calidad legal de hijo natural; y

Considerando: Que los pretendientes á esta herencia, que por otra parte no son parientes legítimos del causante, no están asistidos de ningún derecho para provocar la investigación de la maternidad natural del causante, por cuanto la ley no los faculta para ello;

Considerando: Que habiendo fallecido P. R. sin haber reconocido á su supuesto hijo natural—el causante—y lo mismo éste sin haber intentado provocar judicialmente la declaración de su supuesta filiación natural, debe presumirse que ambos, dado el silencio que guardaron, no se creyeron con derecho para reclamar tal estado, ó que aunque tal estado hubiera existido, no quisieron hacerlo valer por causas que les eran personales;

Considerando: Que si tratándose de filiación legítima, sólo al hijo personalmente compete la acción de reclamación legal de la misma (artículo 201 del Código Civil), con mucha y sobrada más razón en el caso de filiación natural sólo también al hijo, personalmente, corresponde el derecho de provocar la declaración de la calidad legal de su estado. Debe tenerse en cuenta, además, que siendo la maternidad natural un hecho vergonzoso, no es posible que él pueda ser ventilado y probado por herederos, pues de esa manera se perturbaría el orden social, y siendo también de orden público las cuestiones relativas al estado civil de las personas, ellas pueden estar supeditadas á la voluntad ó al interés de terceros. Si se admitiera esta falsa teoría legal, un acreedor, por ejemplo, persiguiendo el cobro de sus créditos también se podría abrogar la facultad de probar su estado civil natural para perseguir su crédito contra la madre natural que heredara al hijo ó contra el hijo natural que heredara á la madre. Por eso dice Mourlon (tomo I, número 967): «La persona que investigue la maternidad, debe probar con testimonios fehacientes: el parto de su pretendida madre y su identidad con el hijo nacido en ese parto». De esto se desprende que es el hijo personalmente, quien es el dueño de la acción, pero no los terceros;

Considerando: Que el caso citado por la parte que pretende esta herencia en el escrito de f. 62 estudiado por el doctor De-María y transcripto en el tomo I, página 376 de los Comentarios del Código Civil por el doctor Alvaro Guillot, no es el mismo que aquí se discute. En efecto, aquel caso trata de si puede el hijo investigar la maternidad natural después de fallecida su pretendida madre. Como se ve, se trata de dos cuestiones diferentes, pues aquí no existen ni la madre ni el hijo; por lo tanto, no hay que discutir aquí si el hijo puede ó no investigar su maternidad, desde que el hijo ya no existe; falleció soltero, sin parientes de ninguna clase: luego la acción de investigación caducó con su muerte;

Considerando: Que aunque el Ministerio público manifiesta á f. 65 su conformidad con las pretensiones de los reclamantes de esta herencia en virtud de lo que resulta de la información producida en autos, el Juzgado debe resolver de acuerdo con sus convicciones siendo arreglado á derecho, según el artículo 1155 del Código de Procedimiento Civil;

Por estos fundamentos.

Fallo: no haciendo lugar á la apelación producida y declarando que los pretendientes F. E., P. y A. R. no

tienen la calidad de herederos del causante, siendo las costas de su cargo. Ejecutoriada esta resolución, vuelva la causa al despacho para proveer lo que á su estado corresponda.

Martí.

Durazno, abril 25 de 1907.

VISTA DEL FISCAL DE LO CIVIL

Excmo. Señor:

El Fiscal que suscribe, evacuando por su parte el traslado que V. E. se ha servido conferirle por la resolución de f. 102 vta. dictada en los autos del intestado F. R., como mejor proceda digo:

I. Que ante todo se cree en el deber de someter á la consideración de este Superior Tribunal algunas irregularidades de forma ó de procedimiento que ha notado en este expediente, y que en concepto del suscrito, revisten bastante gravedad como para llamar sobre ellas la atención del Superior,—á fin de que si las juzgare del mismo modo, adopte la resolución á que hubiere lugar en derecho.

Resulta en primer término, que vencido el plazo de los edictos sin que hasta entonces se hubiera presentado ningún pretendiente á la herencia, como así consta de la nota de f. 28 puesta por el Actuario y del hecho de no haber éste acompañado petición interesada, al pasar los autos al despacho dando cuenta, no se declaró yacente la herencia ni se procedió en el mismo acto al nombramiento de un Curador de ella, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1126 inciso 1.º y 1127 del Código de Procedimiento.—Nada de esto se pidió por el Agente Fiscal ni se decretó tampoco por el señor Juez, como pudo hacerlo *hasta de oficio*, según lo establece la ley.

Esto era lo regular y urgentemente requerido por la naturaleza especial del juicio *ab intestato*, así como por la seguridad y administración responsable de los bienes del intestado F. R., fallecido en 22 de junio de 1905 (f. 5) y sobre todo, por ser lo dispuesto por los artículos 1128 á 1132 y 1137 del citado Código.

En vez de eso, el señor Agente Fiscal se concretó á pedir (f. 28 vta.) que el actuario informase si se habían presentado pretendientes á la herencia, y que como en caso de negativa dicha herencia debía presumirse fiscal para las ulteriores del asunto y de acuerdo con el artículo 46 de la ley de herencias, se diese noticia de este juicio al Inspector Nacional de Instrucción Pública. El señor Juez por su lado, decretó que se estuviese á lo prevenido con la misma fecha 16 de junio de 1906 (f. 29), en escrito del señor P., y la providencia recaída en ese escrito se concretó también á dar «por acreditada la personería que invocó dicho P. y á que se tuviera presente la comparecencia de sus representadas en calidad de pretendientes á la herencia dejada por su tío el indicado P. R.» (f. 32 y vta.)

Después de eso transcurren cerca de cinco meses de paralización de ese expediente sin darse á la herencia un representante legal y un administrador responsable, *hasta que en 2 de noviembre siguiente vuelve á presentarse el señor F. con el escrito que corre de f. 34 á f. 36*. En él hace relación de los hechos y circunstancias por los cuales llega á la conclusión de que el derecho á los bienes del intestado R. corresponde á los parientes naturales de éste, entre los que se encuentran las mandantes del señor F. como hijos legítimos de don C. R. da

S., hermano natural del referido intestado. Para justificar su demanda pide P. que se segregaran, sacándolos del archivo, los autos sucesorios de *doña P. R.* (supuesta madre natural del intestado), fallecida en 1893; los autos también sucesorios de don Q. A. R., segundo esposo de aquella señora, fallecido en 1898, y que además, reciba la declaración de los testigos que nombra con arreglo al interrogatorio que inserta en dicho escrito.

Como V. E. verá á f. 36, el Inferior decretó de plano un auto de «*Como se pide, con citación fiscal*», disponiendo que se librara el despacho de comisión y se entregara al interesado.

No era ese, sin embargo, el procedimiento que prescribe la ley en estos casos. Ella manda que se oiga *previamente* al Ministerio público sobre cada pretensión y que *después* de esa audiencia se convoque á los interesados junto con el representante de dicho Ministerio á un juicio verbal para que discutan su derecho á la herencia. Cuando hay un curador nombrado, como ya debía haberlo habido entonces en el caso *sub judice* las pretensiones y reclamaciones sobre la herencia se entienden y discuten con dicho curador, sin embargo de la intervención del Ministerio público (artículos 1134 y 1137 del Código Civil).

El señor Juez no decretó aquella audiencia ó sustanciación previa sobre la pretensión de P. El señor Agente Fiscal tampoco la reclamó como era de su deber en su calidad de representante del Ministerio público; ni uno ni otro se preocuparon de la personalidad del curador, tan necesaria en esta clase de juicios; ni tampoco observaron lo dispuesto por el artículo 1141 que manda se forme expediente *separado* con las solicitudes de los que se presenten alegando derechos á la herencia á fin de que «quede la pieza primitiva, para tratar en ella de la administración y sus incidencias».

Más aún. No se señaló plazo alguno para la recepción de los testigos, en la información propuesta; y sin embargo, ese plazo es requisito de ley expresa, so pena de nulidad (artículos 401 y 400, Código citado). De esa omisión ha resultado, que una información decretada en los primeros días de noviembre de 1906 se ha diligenciado á mediados de diciembre de ese mismo año y en febrero y marzo del año siguiente (1907) viniendo á los autos á mediados de este último mes y año (f. 56 vta.) cuando ya se había decretado la tasación y pago de costas por la paralización denunciada (f. 37).

A todo esto se agrega todavía el hecho de que el Agente Fiscal que intervino en la primera instancia de este asunto, lejos de reclamar en tiempo contra los vicios de procedimiento que quedan observados, los ha consentido (artículo 673, Código citado) al extremo de haberse pronunciado precipitadamente á f. 65 y vta. en favor de las pretensiones de la parte actora, sin haber provocado de nuevo, siquiera por forma ya que no lo había hecho antes, la discusión á presencia del Juez, sobre el punto primordial en debate, á fin de deslindar en ese juicio verbal que prescribe el artículo 1134 el carácter ó función que ejercía en ese acto el expresado señor Agente.

II. Pasando ahora á ocuparse de los puntos de la cuestión de fondo, esto es, de los relativos al estado civil de las personas, invocados por los actores como fundamento de sus pretensiones á la herencia del intestado R.; el infrascripto es de opinión que V. E. debe confirmar en todas sus partes la sentencia de f. 66 á f. 69 dictada por el señor Juez Letrado Departamental del Durazno, porque, á juicio del suscrito, ella se apoya en consideraciones de incontestable verdad jurídica.

El apelante ha consagrado gran parte de su alegato de agravios, al intento de demostrar «que el Inferior ha fallado *ultra petita*; que ha decidido una contienda que no existía desde que ha mediado conformidad de partes sobre los puntos en que estriba la cuestión; y que en consecuencia aquel magistrado ha hecho de juez y de parte á un mismo tiempo, al resolver el presente caso en la forma que lo ha hecho, atentando todavía contra la independencia del Ministerio público, etc.»

No puede darse nada más injusto ni más injustificado, sin embargo, que esa serie de cargos contra el expresado señor Juez de primera instancia. Su fallo sobre esa faz del juicio se ha contraído, como V. E. lo verá á su tiempo, á resolver sobre las mismas peticiones de la parte actora, si bien lo ha hecho en el sentido en que por sí propio juzgó que era lo arreglado á derecho—aunque en desacuerdo con la opinión expresada por el señor Agente Fiscal á f. 65 vta.

De esto no se puede deducir cargo alguno legítimo contra el Inferior. Si bien es cierto y así está consagrado por disposición expresa en el Código de Procedimiento Civil, que tanto el Ministerio público cuanto el Ministerio fiscal son independientes en el ejercicio de sus funciones y que por lo tanto pueden defender los intereses que les están confiados como sus convicciones se lo dicten, estableciendo las conclusiones que crean arregladas á la ley,—es igualmente cierto que de la misma libertad é independencia de criterio deben gozar y gozan los magistrados ó jueces encargados de juzgar y de ejecutar lo juzgado sobre las cuestiones que se les someten, sin verse obligados á estar y pasar por las opiniones ó conclusiones del Ministerio público ó del fiscal, cuando estos funcionarios intervengan en el caso, desde que el Juez tenga una convicción contraria á la de ellos y que reputa igualmente ser la arreglada á la ley ó á la justicia.

Precisamente, porque en el caso *sub judice* se discute un punto que interesa á la causa pública, según lo confiesa el propio apelante, cual es el relativo á la investigación de la maternidad natural ó al reconocimiento de una filiación de esa especie, el Inferior ha podido creer, y en concepto del infrascripto ha pensado acertadamente, que esta clase de cuestiones concernientes al estado civil de las personas, no se resuelven por acuerdos ó por mera conformidad de partes, siempre que esa conformidad no recaiga sobre las condiciones y los medios de justificación que la ley prescribe determinadamente para acreditar la existencia y valor de esos actos ó hechos jurídicos.

Los hechos que plantean la cuestión ó, mejor expresado, la serie de cuestiones comprometidas en este juicio, son:

a) Don F. R. falleció intestado en 22 de julio de 1905 siendo de estado soltero, mayor de cincuenta y seis años de edad y sin herederos legítimos conocidos.

b) Dicho F. R. era, según las pretendientes á su herencia (f. 34), *hijo natural de doña P. R.*, la cual fué casada en primeras nupcias y en 1835 con don E. J. y en segundas nupcias, casó en 1854 con don J. A. R. *En el intermedio de su primer viudez y su segundo matrimonio, hubo el hijo de la referencia* (f. 34 vta.).

c) Doña P. R. falleció en 27 de agosto de 1893, sin haber reconocido en forma auténtica al expresado hijo; sin que conste tampoco que don F. R. mientras vivió haya reclamado por su parte, la calidad de hijo natural que se le atribuye, mediante la acción de investigación de la maternidad que hubiera deducido contra aquella.

d) La parte actora sostiene que el derecho á los bie-

nes del intestado R. corresponde á los *parientes naturales de éste*, entre los que se encuentran los mandantes de P., quienes son *hijos legítimos* de don C. R. da L., hermano natural de P., encontrándose en el mismo caso, otras sobrinas y hermanas cuya personería acreditará después.

e) En virtud de ese carácter ó calidad y al amparo de la disposición contenida en el inciso primero del artículo 219 del Código Civil, se proponen indagar la maternidad natural del causante á fin de establecer y comprobar la relación jurídica y de parentesco que unía al extinto con su indicada madre; y por consiguiente con los *hijos legítimos de ésta*... etc., f. 32 y f. 34).

Ahora bien: debe tenerse muy presente que no hay en autos prueba alguna de que don C. R. da L. fuera *hermano natural* del intestado P.

Tampoco la hay de ninguna clase,—de que los señores P. E. A. y P. R. fueran *hijos legítimos* de D. C.—Igual defecto de comprobación se observa respecto al estado civil atribuido á doña E. y á doña P. F., de ser *hijos legítimos* procedentes del matrimonio que se dice contraído por don P. F. con doña H. R.; así como tampoco consta que esta señora era á su vez *hija* de los esposos don Q. A. R. y doña P. R. de R.

Los documentos ó partidas comprobatorias de tales estados civiles y de la respectiva identidad personal brillan por su ausencia, y en autos; y, como fácilmente se comprende este solo defecto capital bastaría para desestimar y repeler la acción de los pretendientes á la herencia del intestado F. R.

Hay otro vacío de importancia, en concepto del infrascripto. Se ha dicho por el apoderado de los actores, que doña P. R., *supuesta madre natural* de F., fué casada dos veces; y que, en el intermedio de su primer viudez y su segundo matrimonio, tuvo el hijo de la referencia.—¿Cuándo, en qué fecha se realizó la disolución del primer matrimonio de doña P. R. con don E. J.? No existe dato seguro alguno sobre este punto importante, porque sería el de partida de la primera viudez que se dice de doña P. R. (artículo 203, Código Civil).

En las «observaciones» con que el partidor precede la cuenta de división de bienes, corriente de f. 50 en adelante, de los autos sucesorios de la expresada señora, se dice que «el esposo don E. J. falleció en la 8.ª sección del departamento del Durazno, en casa del coronel don B. M.», pero no se expresa la fecha.

III. Prescindiendo por un momento de esa ausencia, ó de ese defecto capital de toda comprobación en forma de parte de los pretendientes á la herencia de que se trata, y sean ó no sean tales parientes legítimos ó naturales del intestado,—tienen acción y derecho para investigar la maternidad que atribuyen á doña P. R. y hacer declarar en consecuencia,—la *filicación natural* que persiguen á favor del fallecido don F. R. á quien aspiran á heredar en esa virtud?

La sentencia recurrida les desconoce y niega ese derecho; y el que suscribe, comparte igualmente las fundadas opiniones de ese fallo.

Según la letra y el espíritu del artículo 219 del Código Civil, sobre todo por lo dispuesto en el inciso 2.º de dicho artículo, la acción de investigación de maternidad, notoriamente establecida en favor del hijo, debe dirigirse contra la mujer, contra la supuesta madre, como así lo indica dicho inciso 2.º cuyo comienzo dice: «Si la demandada negare ser suyo el hijo»... De modo, pues, que aún admitida la teoría de que la muerte de la supuesta madre no obsta al ejercicio de la acción de investigación de su maternidad, sucedería que en tal caso,—dado el

objeto de la acción y siempre de acuerdo con la disposición legal citada,—la supuesta madre como parte *demandada*, tendría que ser representada en esa clase de juicios, por sus herederos conocidos, y si no los tiene, ya un representante legal ó de oficio. Esto parece que es enteramente obvio y claro.

Pues bien. En el caso actual se produce una singular anomalía y es la siguiente:

Las que pretenden ser herederas del intestado F. R. en el supuesto que éste, era *hijo natural* de doña P. R., invocan precisamente para ello como título ó como vínculo de parentesco con aquél, el hecho de ser ellas hijos y nietos naturales ó legítimos de la propia doña P. R., esto es, de la misma persona á quien tendrán que *demandar* y que representar á la vez, por haber fallecido, en el juicio de investigación de *maternidad natural* que se empeñan en seguir.

No hay para qué decir, en opinión del suscripto, que el absurdo que necesariamente resultará del ejercicio simultáneo de tan opuesto papel de actores y demandados en el mismo juicio, sin poder ser imputable á la misma ley, en manera alguna, es la mejor y más acabada demostración de que en el caso del intestado F. R., los pretendientes á su herencia no tienen derecho para investigar la maternidad que le atribuyen. Los actores no han probado legalmente, que ellos mismos sean tales descendientes legítimos ó naturales de doña P. R., supuesta madre del intestado;—aun admitiendo que en el curso del juicio pudieran acreditar en forma aquella calidad, poco ó nada adelantarían con eso, para su propósito actual con respecto á la herencia, al cúmulo ó masa de bienes y derechos que, como propias, dejó dicho R. al fallecer en 1905. Está probado, por declaración espontánea de los demandantes, que doña P. R. «supuesta madre del intestado de que se trata», y hasta el día del fallecimiento de ella, en 1893, no hizo reconocimiento voluntario de tal hijo, en ninguna de las formas determinadas por el artículo 209 del Código Civil. Está igualmente confesado por los actores, que don F. R., pretendido *hijo natural* de aquella señora, ni durante la vida de ésta, ni en el transcurso de los doce años que él le sobrevivió, no inició ni siquiera la acción de investigación de la maternidad que se le atribuye con el fin de hacerse declarar judicialmente, tal hijo natural de doña P. R.

Es por tanto, el caso de preguntar: ¿Con qué título, con qué derecho han de pretender los actores que ellos pueden hacer hoy esa investigación, y, lo que es peor obrando por vía indirecta, puede decirse, esto es, sin demandar á la supuesta madre, ó á quien la represente en legal forma en virtud de haber fallecido doña P. R.? ¿Con qué título, con qué derecho pueden pretender sustituirse á la persona y á la acción de don F. R. para iniciar un juicio de investigación materna que, con arreglo al texto de la ley, á la doctrina y á la jurisprudencia más autorizadas, sólo compete al pretendido *hijo*, puesto que sólo éste en vida puede dar la prueba, inequívoca ó lo más verosímil posible, de la *identidad personal*, que en tales casos es requerida como uno de los requisitos indispensables?

Por lo menos, así es como el suscrito entiende la disposición del inciso 2.º del citado artículo 219 del Código Civil: «Si la demandada negare ser suyo el hijo, será admitido el demandante á probarlo con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo.»

Es conforme á la sana razón y es opinión unánime

de los tratadistas sobre esta materia, que las pruebas para demostrar la paternidad ó maternidad, deben ser de tal naturaleza que no dejen la menor duda y satisfagan la conciencia del Juez; y con mayor razón en los casos que se demuestre ó la madre confiese haber tenido otros hijos de diferentes padres.—En el caso *sub judice* y según la misma exposición de hechos de las pretendientes, doña P. R. tuvo varios hijos de diferentes padres.

«Y la persona que investigue la maternidad», dice Moulon, citado por el doctor Guillot, T. I., pág. 325, debe probar con testimonios fehacientes: 1.º *Su identidad con el hijo nacido en ese parto*. El empleo repetido del pronombre posesivo «su» en la precedente cita, demuestra que en opinión del acreditado tratadista que la ha emitido, es sólo la del pretendido hijo, la persona que puede investigar la maternidad.

En el mismo sentido se pronuncian Marcadé—cuando al comentar los artículos 340 á 342 del Código Civil francés (concordantes con los 218 y 219 del nuestro)—sostiene y demuestra que las reglas establecidas en los artículos 326 á 330 del mismo Código, deben aplicarse en todo á la investigación judicial de la maternidad natural. (Marcadé, tomo II, cap. IV, núm. 88, pág. 80).—Los artículos 329 y 330, comprendidos en esa enumeración de Marcadé, son considerados como la fuente de donde ha sido tomada la disposición del artículo 201 de nuestro Código Civil, consagrando el principio de que *durante la vida del hijo, sólo á él compete la acción para reclamar su filiación legítima*. Marcadé invoca con su opinión, las de otros autores como Valette, Richefort, Demolombe, etc.; y también varias decisiones de la Corte de Casación y de otros tribunales franceses. *Juzgando que la investigación de la maternidad es un derecho exclusivamente ligado á la persona del hijo, y que, por consiguiente, los herederos de un hijo natural no reconocido no tienen el derecho de investigar la maternidad de este hijo* (Cass., 20 Juillet 1861—Rouan, 23 Juillet 1862; Cass. 10 août 1864; Grenoble, 26 décembre 1867).

«Del mismo modo aquel que se pretende hermano natural de un hijo no reconocido no tiene el derecho de investigar la maternidad de este hijo á efecto de establecer el lazo que les une, y por consiguiente su derecho á reclamar la sucesión» como en el anterior (Cass. 1872) «Défécense del principio establecido (dice la sentencia de 10 de agosto de 1864 citada antes), que no es admisible la indagación de la maternidad de un hijo natural fallecido, de parte de otro hijo de la pretendida madre, que quisiera establecer, por ese medio, sus derechos á la sucesión del difunto».

En la obra de Romero Girón y García Moreno, «Instituciones de la República francesa» (T. IV, pág. 179) se registran, además, estas otras sentencias: «No es necesario para que éste (el hijo) sea admitido á probar su identidad, que haya previamente prueba plena del hecho del alumbramiento» (Sentencia 3 de julio de 1850).—«Pero esta acta (de nacimiento) no constituirá por sí sola, prueba de estado del hijo que no haya EVIDENCIADO su identidad con aquel á que se refiere el acta» (Sentencia de 19 de noviembre de 1856).

Se ve, pues, que el criterio jurídico dominante en la materia, de acuerdo, además, con la naturaleza de los hechos, y sus lógicas consecuencias, es el de establecer que solamente al que se pretende hijo natural de una mujer es á quien incumbe la iniciativa ó la acción para reclamar su filiación de tal ó para investigar la maternidad que le corresponde, asumiendo la responsabilidad de las pruebas precisas que la ley determina.

«El que tiene una filiación», ha dicho Laurent con ese

sello de autoridad jurídica que se le reconoce, *tiene necesariamente un estado*; ahora bien, el hijo natural tiene una filiación: luego tiene un estado». Pero como el hijo puede tener derecho á un estado sin poseerlo, sin tener derecho á un título que desde luego le acredite esa calidad legal como lo sería el reconocimiento voluntario por acto auténtico, la misma ley autoriza para que pueda adquirir la comprobación de ese mismo estado, mediante la declaración judicial que obtenga en el juicio de investigación que promueva contra la que pretenda como madre natural.

Es claro que, dado el disfavor con que nuestra ley mira la filiación ilegítima,—disfavor que ha motivado precisamente las restricciones y condiciones especiales con que dicha ley advierte y á la que sujeta la comprobación extrajudicial ó judicial de la filiación natural; es igualmente claro y lógico que, el ejercicio del derecho ó de la acción para investigar la maternidad de esa clase, en ningún caso y por ninguna razón atendible, puede ser más amplio ni liberal, que el derecho que compete al hijo legítimo para reclamar su propia filiación, conforme lo dispuso por el artículo 201 del Código Civil. Esto está fundado en las poderosas consideraciones del orden moral y jurídico, que señala las notorias diferencias entre la maternidad legítima y la maternidad natural, según puede verse en el comentario que sobre el artículo 209 del Código Civil hace el doctor Guillot. De modo que, aún partiendo de la base de la igualdad en el uso de la acción para investigar la maternidad, siempre resultará que no habiéndolo iniciado en vida don F. R., supuesto hijo natural de doña P. R.,—los que se llaman herederos de aquél, no tienen derecho alguno para emprender ellos mismos esa investigación; y mucho menos, desde que no la buscan á favor del hijo ó por el interés directo de éste, propiamente considerado el caso, sino *contra él*, «en favor de un interés distinto del suyo» y en exclusivo beneficio á los pretendientes de su herencia.

El resultado á que los actores aspiran, consistiría en obtener que judicialmente se declare á don F. R., *hijo natural* de doña P. R., aunque sea sin intervención de ésta en el juicio ni de quien la represente en forma. Esta declaración no sería para que el hijo por sí, ó representado por sus sucesores legales, reclame la herencia materna «porque esto es aquí, moralmente imposible», sino todo lo contrario; vendrían entonces ellos, á título de descendientes legítimos ó naturales de la que así caracterizarían como *madre común*, á reclamar para ellos en *representación de ésta última* los bienes dejados por el supuesto hijo y hermano ó tío, don F. R. Sin embargo, para el infrascripto, no es dudoso que, aún así, ese plan fracasaría también en último término. Según el artículo 1004, inciso 3.º del Código Civil, la herencia de un hijo natural que muere sin dejar descendientes legítimos, se le difiere al padre ó á la madre natural, «que le ha reconocido» con las formalidades legales. A estar al testimonio de los propios actores, doña P. R. no estaba en esas condiciones hábiles para poder heredar al causante de la sucesión intestada de que se trata aquí.

¿Qué es entonces lo que en resumen queda como resultado positivo de la gestión de los pretendientes á esta sucesión? Sólo queda lo que Marcadé con la opinión de otros autores igualmente respetables, ha fulminado con la elocuencia de esta decisiva conclusión:

«Cuando la madre se ha condenado á presentar á su hijo como un extraño y que el hijo ha resuelto no re-
«clamar su título de hijo, ¿quién tendrá el derecho de
«venir á hacer un escándalo divulgando desórdenes que
«la ley prefiere tener ocultos? . . El escándalo, la ley lo

«tolera cuando es el hijo quien reclama su madre: ora que este hijo tiene un interés moral, un derecho sagrado; pero permitirlo *contra el hijo* y *contra el interés social*, esto sería la transformación del pensamiento del legislador» (Marcadé, tomo II, capítulo VIII, número 93 al fin; cit. conformes Duranton, Faustin Hélie, Demolombe, Pont, Massé, etc. Vergés y Vor., y varias decisiones de la Corte de Cass.).

IV. El infrascrito ha creído que estaba en el deber de aducir algunas consideraciones en el sentido de las que quedan expuestas, con el fin de robustecer ó, por lo menos, de que no apareciese tan desnuda de autoridad la opinión que ha emitido y que mantiene á favor de la confirmación del fallo de primera instancia, porque éste ha desestimado, á su juicio con sobrada razón, el derecho que se atribuyen los actores para investigar la filiación natural de don F. R., á pretexto de que ellas son los llamados á su herencia, circunstancia que tampoco han acreditado en forma legal.

Partiendo de esa base, pues, por creer firmemente que ese punto primordial y decisivo de este debate, no puede tener otra solución en definitiva que la propuesta ante el recto é ilustrado criterio de V. E., el infrascrito se considera excusado, por no verle objeto práctico, de entrar á un estudio especial y detenido del valor jurídico, intrínseco, de la información corriente de f. 38 á f. 56, algunos de cuyos vicios de forma, dejando de lado los otros, señalé ya al principio de este escrito.

Es fuera de duda, que los actores se han propuesto probar principalmente por ese medio, que don F. R. al fallecer, estaba ó tenía la posesión notoria del estado civil de hijo natural de doña P. R.

La posesión notoria del estado civil aún en los casos en que se admite por autorización especial de la ley, es siempre como último recurso y con calidad de prueba supletoria, esto es, en defecto ó por falta inevitable de todos ó de la mayor parte de los otros elementos principales y directos que deben concurrir en el orden de precedencia y en las condiciones precisas señaladas por la misma ley, á comprobar el estado civil legítimo de que se trate (artículos 44 á 48 y concordantes del Código Civil); y como las disposiciones especiales y concretas de la ley sobre determinados casos no pueden generalizarse desde que son leyes de excepción, de interpretación estricta é inaplicables por analogía á otros casos, debe considerarse de todo punto improcedente é inadmisibles en el presente caso, la pretensión de los actores, puesto que no invocan ni pueden invocar, porque no existe, disposición expresa del Código vigente que permita probar la filiación natural por medio de la llamada «posesión de estado».

El artículo 203 del expresado Código define cuáles son los hijos naturales; y el inciso 2.º de ese artículo agrega que: «no tienen sin embargo la calidad legal de hijos naturales, sino cuando son reconocidos ó declarados tales, con arreglo á lo dispuesto en la sección siguiente»:

Ahora bien: ¿hay acaso en esa sección siguiente, algún artículo ó disposición que autorice la prueba de la filiación natural, por medio de la posesión de estado? Ninguno.

Ese es, sin embargo, el verdadero terreno, el terreno del derecho positivo, en el que debe dilucidarse y resolverse ese punto de la cuestión, puesto que se trata de probar la calidad legal de una filiación, y sólo á la ley incumbe determinar cuál debe ser esa prueba, sobre todo en materia especial ó de excepción. Así ha planteado y estudiado Marcadé (tomo II, Capítulo VI, número 90): «ese punto

«controvertido desde largo tiempo, dice, de saber si la «posesión de estado puede hacer prueba de la filiación «natural, como hace prueba de la filiación legítima con «arreglo al artículo 320. La negativa es para nosotros «indudable; y creemos que todo el mundo la habría «adoptado si se hubiese examinado la cuestión en derecho, en lugar de tratarla en legislación».

Según Zachariæ (tomo VI, § 570, «De la prueba para demandar la investigación de la maternidad») «la filiación «materna de un hijo natural no puede establecerse sino «por la prueba directa de los hechos indicados en el inciso 2.º del artículo 341. El principio de que, en defecto «de título, la posesión de estado basta para constatar la «filiación legítima, no se aplica con más razón en materia de filiación natural, á la prueba de la maternidad «que á la de la paternidad».

Los anotadores de esta obra, C. A. y C. R., añaden á este texto una extensa y concluyente demostración en el sentido de que el legislador ha entendido establecer, para la prueba de la filiación natural, — reglas especiales, de todo punto diferentes á las que ha trazado para la filiación legítima, y que si no ha reproducido al ocuparse de los hijos naturales la disposición del artículo 320, ha sido con la intención bien decidida de no admitir la posesión de estado como probando de una manera suficiente la filiación natural.

De propósito, por tratarse de una acreditada obra nacional calcada por lo tanto en nuestro derecho positivo, el infrascrito ha creído que debía dejar para esta oportunidad como el más eficaz refuerzo de su tesis, el que le ofrece la opinión ilustrada del doctor Guillot en la parte final de su comentario sobre el artículo 219 del Código Civil. Después de dar cuenta de la discusión que sostienen los autores franceses sobre si la filiación natural puede probarse por la posesión de estado, dice: «Esta duda no puede ocurrir en nuestro Código, el cual ha establecido claramente las pruebas de la filiación natural».

Expone en seguida cuántos modos hay para justificar la filiación natural, así como qué es lo que debe probarse en el juicio de investigación de paternidad y luego añade: «Y en el juicio de investigación de maternidad ¿qué debe probarse? El hecho del parto y la identidad del hijo. Luego la posesión de estado por sí sola no prueba la filiación natural en ningún caso». (Obra citada, tomo I, página 327).

Verdad es que dicho autor admite «que la posesión de estado unida á las otras pruebas que hemos indicado, puede dar más fundamentos á la demanda del que reclama la filiación natural»; pero también es cierto que esa salvedad no puede ofrecer ninguna ventaja á los gestores de la filiación de R. en el caso *sub judice*. Primero porque aquí no ha habido juicio propiamente dicho, sobre investigación de maternidad. Segundo, porque en virtud de no haber habido tal juicio en forma, — tampoco se han dado las pruebas precisas y concretas á que alude el autor citado apoyándose en lo claramente dispuesto por el Código, que explica y comenta. Tercero, porque lo que se ha agregado en este expediente, de f. 38 á f. 56, carece de todo valor legal aún como simple información sumaria; — y de consiguiente mucho menos puede tener valor alguno de prueba en juicio regular, desde que, como se ha dicho, ese juicio no ha existido, — no ha habido demanda de investigación contra la supuesta madre ó quien la representase; claro es que tampoco ha habido contestación á los fundamentos de aquélla, — y faltando esos extremos indispensables en toda contienda legal, no se ha dado la prueba directa de los hechos determinados en el inciso 2.º del artículo 219 del Código Civil y por quien debiera darla únicamente según esa misma

disposición concordante con la del artículo 201 del propio Código.

V. Tales son las razones en que se apoya el infrascripto para sostener que debe confirmarse la resolución de f. 66 á f. 69, considerando que ésta ha estado legal y justamente acertada en sus fundamentos y parte dispositiva, sin que valga nada alegar contra esto, la inconsonancia *conformidad* fiscal de f. 65 y vta., no sólo por eso, sino también porque el propio señor Agente reaccionó en seguida é implícitamente reconoció su error—por el hecho de haber consentido la decisión judicial contraria (f. 73 vta.).

Sin embargo, V. E., con su acreditada ilustración y rectitud de criterio, resolverá el caso como lo considere más arreglado á derecho y justicia.

Montevideo, enero 26 de 1909.

Martín Berinduague.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos en segunda instancia estos autos seguidos con intervención del Ministerio público por don F., don E., doña F. y doña A. R. pretendiendo derecho á los bienes dejados á su fallecimiento por el intestado don F. R., subida en apelación por la interpuesta por aquéllos contra la sentencia de f. 66 dictada por el señor Juez Letrado Departamental del Durazno,—

Por los fundamentos de la sentencia recurrida y los del precedente dictamen del Ministerio público; y

Considerando: Que, no habiéndose interpuesto el recurso de nulidad conjuntamente con el de apelación, no toca al Tribunal apreciar las graves irregularidades de que adolece el procedimiento observado en primera instancia y que con todo acierto enumera el señor Fiscal de lo Civil en el primer capítulo de su luminoso dictamen, haciendo resaltar las omisiones en que ha incurrido el Inferior y el silencio inexplicable con que les prestó su consentimiento el señor Agente Fiscal, irregularidades que sólo deben tomarse en consideración en esta sentencia en cuanto pueden influir en la resolución de las cuestiones debatidas;

Considerando: Que la investigación de la maternidad natural aceptada por el artículo 219 del Código Civil no debe hacerse extensiva á los herederos ó sucesores del hijo, pues no sería lógico dar mayor amplitud á esa investigación que la acordada por el mismo Código á la investigación de la maternidad legítima, y tratándose de ésta, sólo al hijo durante su vida, según el artículo 201, compete la acción para reclamar su filiación, quedando limitada la acción de sus herederos y sucesores á continuar la acción intentada por él ó á intentarla en el único caso de haber muerto el hijo en la menor edad;

Considerando: Que, dado el silencio guardado por nuestro legislador acerca de las personas que tienen el derecho de investigar la filiación natural, corresponde la aplicación relativa á la filiación legítima, pues si la acción para reclamar ésta corresponde personalmente al hijo y sólo en determinados casos pasa á sus herederos, con mayor razón debe ser así tratándose de la filiación natural, cuya investigación afecta el interés moral de la familia con la divulgación de hechos deshonrosos que tanto la madre ó el padre como el hijo han revelado, con su silencio, la voluntad de mantener ocultos, cuya voluntad debe respetarse, porque lo contrario importaría volver contra el hijo un derecho consagrado por la ley en su favor;

Considerando: Que si bien esta cuestión ha sido objeto de controversias entre los autores y en la jurisprudencia práctica, nuestro legislador, inspirado en el Código Civil de Chile, en el proyecto de García Goyena, en la doctrina de Chacón y Marcadé y en el mismo texto del artículo 141 del Código Civil Francés, que se refiere *al hijo que reclama su madre*, ha consagrado el principio contenido en el artículo 201 del Código Civil, por el que se acuerda sólo al hijo el derecho de indagar su maternidad, no concediéndose otra acción á sus herederos ó sucesores que la de confirmar la iniciada por aquél, iniciarla únicamente cuando fallece en la menor edad, principio; como acaba de exponerse, aplicable á los hijos naturales con mayor razón que á los legítimos (Código de Chile, título XIV; Chacón, tomo I, páginas 261 y siguientes; García Goyena, tomo I, páginas 141 y 142, y Marcadé, tomo II, página 75 y siguientes);

Considerando: Que carece de fuerza demostrativa el argumento por analogía que formula la parte actora fundada en el artículo 218 del Código Civil, según el cual «en caso de raptó ó estupro violento, cuando la época de la concepción coincide con la del raptó ó estupro, podrá el culpable, á instancia de parte interesada, ser declarado padre del niño, pues es esa una disposición de carácter especial». Es que, en efecto, desde que la concepción de un hijo coincide con el parto de su madre, hay un hecho ostensible, patente, que produce el doble efecto de hacer al individuo perseguido poco digno de consideración y de respeto, y de hacer nacer contra él una grave probabilidad de paternidad. Este hecho debe, pues, autorizar la prueba de esa paternidad» (Marcadé);

Considerando: Que en el capítulo del Código Civil que trata de los hijos naturales no se establece la prueba de la posesión notoria del estado civil, refiriéndose ésta exclusivamente á los hijos legítimos como claramente se desprende de los artículos 44, 46 y 48 de dicho cuerpo de leyes, cuyas disposiciones autorizan una prueba de excepción que debe aplicarse restrictivamente y no por analogía, como se pretende, sobre lo cual es unánime la opinión de los autores, siendo en tal virtud, de ninguna eficacia probatoria la información producida á f. 38 y siguientes por la parte actora;

Considerando: Que la argumentación contenida en el capítulo primero de la expresión de agravios del apelante, en medio de su aparente legalidad se halla en manifiesta oposición con el espíritu y aún con la letra expresa de la ley. En efecto: el artículo 1135 del Código de Procedimiento Civil, refiriéndose al comparendo á que, según el artículo anterior, deben ser convocados los pretendientes á la herencia, conjuntamente con el representante del Ministerio público, para que discutan sus derechos, dispone: «Si hubiese conformidad entre los diversos pretendientes, y el Ministerio público conviniese en ello, el Juez los declarará herederos en la forma y prescripciones en que hubiesen convenido, *siendo arreglado á derecho*»; lo que importa someter á la decisión del Juez los convenios celebrados por los interesados aún con el asentimiento del representante del Ministerio público; y Caravantes, comentando una disposición igual de la Ley de Enjuiciamiento española, explica con toda claridad su alcance, en los siguientes términos: «Si hubiere en la junta conformidad y convinieren el promotor en que se apruebe lo acordado, el Juez declarará herederos á los concurren en la forma y porciones en que hayan convenido si lo cree legal y procedente; esto es, si no se perjudica con ello á los menores ó incapacitados ó á los que no asistieran, pues los acuerdos de la junta no pueden dañar á éstos, ó si se confieren derechos al que no los tu-

viera, 6 si no es contrario á las prescripciones legales, pues si bien los particulares pueden renunciar ó limitar por su voluntad los derechos que les pertenezcan, esto ha de ser sin perjudicar á tercero ni los intereses del Estado, ni traspasar las disposiciones de derecho que son de orden público.—Cuando lo convenido adoleciese de estos defectos, el Juez no deberá aprobarlo, aunque se hubiese avenido á ello el promotor.—Y antes dice: «Hecha la justificación del parentesco ó transcurrido el término concedido para hacerlo si fuere uno solo el presentado aspirando á la herencia, se dará vista de aquélla al promotor. . . . con el objeto de que vea si el presentado justifica ó no hallarse en el grado de parentesco que indica el artículo 351, y si el promotor conviniere en que se le declare heredero, lo que deberá hacer cuando viese que ha justificado el grado de parentesco requerido por la ley, mandará el Juez traer los autos á la vista, pues no hay necesidad de oír á nadie más. . . . y hará la declaración de herederos si la estima procedente» (artículo 373, Caravantes, tomo III, páginas 124 y 126, números 717 y 719);

Considerando: Que según lo que acaba de expresarse, es incuestionable que el Inferior obró dentro de la esfera legítima de sus atribuciones legales al negar su aprobación al convenio celebrado por el señor Agente Fiscal con desconocimiento de las más elementales formalidades legales y con evidente violación de sus deberes como defensor de los intereses fiscales que no le permiten disponer de éstos á su arbitrio, desde que no le es dado transigir, no ya sobre el estado civil de las personas, pero ni aún sobre los derechos pecuniarios, cuya defensa le ha encomendado la ley (artículos 2122, 2123, 2126 y 2128 del Código Civil), concurriendo á justificar aún más en el presente caso la actitud del Inferior la circunstancia de haberse prescindido en la discusión del derecho de los pretendientes á la herencia, del curador que debió nombrarse á ésta, el cual debió ser oído sobre ellas de acuerdo con los artículos 11-6, 1127, 1131 y 1138 del Código de Procedimiento Civil;

Considerando: Que, aunque fuera aceptable la tesis sobre indagación de la maternidad natural sostenida por los actores, aún así, sería arreglada á derecho la sentencia de primera instancia, desde que ellas no han acreditado el estado civil que invocan, ni han probado tampoco la fecha en que ocurrió el fallecimiento del primer esposo de doña P. R. como se demuestra en el precedente dictamen del señor Fiscal de lo Civil, para que pueda saberse si su supuesto hijo F. R. nació hallándose la madre desligada de todo vínculo matrimonial (artículo 203 del citado Código Civil);

Atento á lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,—

Se confirma con costas la expresada sentencia y devuélvase

Aréchaga—Martínez—Mendoza y Durán.

Los intereses de dinero depositado no se prescriben en cuatro años. No es aplicable el inciso 3.º del artículo 1196 del Código Civil, sino los artículos 2047 y 2232 de dicho Código.

El doctor José María Reyes Delemulie, como curador del ausente N. B., inició ejecución contra la sucesión de J. M. B. por cobro de un depósito de \$ 3,750 correspondiente á su representado, más los intereses correspon-

dientes á dicho depósito desde la fecha en que debió ser entregado (10 de julio de 1895). La sucesión demandada se opuso al pago de la totalidad de los intereses reclamados, oponiendo la prescripción establecida en el inciso 3.º del artículo 1196 del Código Civil.

El curador ejecutante contestó entre otros argumentos, con los siguientes:

Que el inciso 3.º del artículo 1196 del Código Civil se refiere al caso de dinero prestado, y que en la ejecución iniciada contra la sucesión de J. M. B. se trata de una acción ejercida para cobrar un depósito debido por dicha sucesión. El depósito está regido por los artículos 2232 y 2047 del Código Civil. Los intereses de los depósitos no están regidos por ninguna prescripción. No hay ninguna disposición en nuestro Código Civil que la establezca. Los artículos 2232 y 2047 rechazan la prescripción en el presente caso. Otros códigos como el español, cuyos comentarios de García Goyena cita el curador del ausente N. B., en los autos de la referencia, niegan terminantemente la prescripción, estableciendo que la cosa depositada debe ser entregada con todos sus frutos y accesorios, y tratándose de un depósito de dinero se deben los intereses (artículos 1673 y 1615 del Código Civil Español);

Que el causante de la sucesión ejecutada aplicó á usos propios la cantidad depositada y reclamada en la expresada ejecución, como fué evidenciado en autos, habiéndose tenido que embargar una propiedad raíz;

Que el depósito exigido y reclamado en dichos autos ejecutivos no ha sido depositado, ni individualizado por la sucesión deudora como de propiedad del reclamante, sino que por el contrario para obtener su importe ha sido necesario embargar una propiedad, quedando evidenciado que el depositario confundió con su peculio el depósito hecho á favor del reclamante;

Que la razón que existe para cobrar los intereses de dinero depositado empleado en usos propios del depositario es la que da el eminente juriconsulto Doneau: «que «considera al que ha cometido esta clase de delito como incurrido en mora de entregar la cosa desde que la «consumió, porque en realidad, por la fuerza de las cosas, se encuentra en ese estado y equivale á una interrelación para entregarla». (Machado, «Comentarios al Código Civil Argentino», tomo VI, página 47 comentando el artículo 2209).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Visto este juicio ejecutivo seguido por el curador del ausente N. B., doctor Reyes Delemulie, contra la sucesión de J. M. B.—

Resultando: que el actor demandó ejecutivamente, en virtud del título glosado á f. 2, la restitución de tres mil setecientos cincuenta pesos, más los intereses desde la época en que debió ser entregada esa suma;

Que trabado embargo y citado el ejecutado de excepciones, reconoció deber la cantidad reclamada y los intereses; pero solamente los devengados durante los últimos cuatro años, porque en virtud de lo dispuesto por el artículo 1196 inciso 3.º del Código Civil, los demás están prescritos;

Que á la excepción opuesta contestó el ejecutante que no tratándose de intereses de dinero prestado y sí de los que debe el depositario á quien se exige la restitución del depósito, es inaplicable la disposición legal citada, y que en consecuencia se deben los intereses reclamados de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2232 y 2047 del Código Civil;

Considerando: Que la controversia en este juicio se limita á si se deben ó no todos los intereses exigidos ó sólo los que reconoce deber el ejecutado;

Que es evidente que tratándose de un caso de restitución de depósito son aplicables los artículos 2232 y 2047 que el ejecutante invoca;

Que de acuerdo con esas disposiciones legales no se deben intereses sino desde que el deudor cae en mora de restituir la cosa depositada;

Que en consecuencia el ejecutado no debe otros intereses que los que ha reconocido deber, devengados durante los últimos cuatro años, puesto que el actor no ha probado que antes de ese tiempo hubiera ejercido alguno de los actos que hacen incurrir en mora al obligado (artículo 1310 del Código Civil);

Que es inútil averiguar si rige para estos intereses una prescripción corta excepcional, desde que no se ha probado que se deban;

Por estos fundamentos, fallo: mandando llevar adelante la ejecución hasta efectuarse el cobro de la suma reclamada, más los intereses reconocidos de los últimos cuatro años, costas y costos.

Montevideo, julio 2 de 1908.

Alfredo Turriol.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto en segunda instancia este juicio ejecutivo promovido por el curador del ausente N. B. contra la sucesión de don J. M. B. por cobro de pesos, venido por la apelación que interpuso el ejecutante contra la sentencia del señor Juez Letrado de lo Civil de 2.º turno corriente á f. 71 y á cuyo recurso se adhirió el ejecutado en la parte que expresa en su escrito de f. 76;

Aceptando la exposición de hechos que contiene la sentencia apelada, y

Considerando: Que la cuestión pendiente en el presente juicio ha quedado reducida á saber si el depositario debe la totalidad de los intereses reclamados por la entrega del depósito ó si solo adeuda los de los últimos cuatro años por estar prescritos los intereses;

Considerando: Que según el precepto del artículo 2232 del Código Civil, la cosa depositada debe ser devuelta con todos sus frutos y accesiones y tratándose de depósito de dinero se aplicará al depositario lo dispuesto para con el mandatario en el artículo 2047;

Considerando: Que esta última disposición legal establece con toda claridad que el mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á usos propios desde el día que lo hizo, y de lo que reste á deber, fenecido el mandato, desde que se ha constituido en mora;

Considerando: Que probado como está en autos que el depositario aplicó á usos propios la cantidad depositada y para cuya devolución ha debido iniciarse esta ejecución, es de estricta aplicación lo dispuesto en la primera parte del artículo 2047 del Código Civil, por cuanto el depositario no puede enriquecerse con lo ajeno y en perjuicio del depositante;

Considerando: Que no es aplicable al caso el artículo 1196 inciso 3.º del citado Código Civil, desde que esa disposición legal se refiere á la prescripción de intereses de dinero prestado;

Considerando: Que la acción que ampara al depositante para pedir la devolución de la cosa depositada con

todos sus frutos y accesiones, entre los cuales están comprendidos los intereses cuando se trata de depósito de dinero, es personal y se prescribe por el término de veinte años de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1190 del mencionado Código Civil;

Por estos fundamentos, se revoca la sentencia apelada, declarándose que los intereses devengados se adeudan á la parte ejecutante desde el día en que debió serle entregado el importe de la donación á que se refiere la escritura de f. 2. Ejecutoriada, devuélvanse.

*Martínez—Mendoza y Durán—
Jiménez de Aréchaga.*

Esta sentencia no fué apelada.

De la Administración

Para todo lo referente á avisos, suscripciones, reclamos de ejemplares, compra de colecciones, etc., dirigirse á esta Administración, calle Zabala 177.

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 17--AÑO XV

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE NUESTRO RÉGIMEN PENITENCIARIO, por el doctor José Irureta Goyena, pág. 257.

JURISPRUDENCIA:

La investigación de la maternidad natural, regida por el artículo 219 del Código Civil, no debe hacerse extensiva á los sucesores ó herederos del hijo, como lo demuestra el artículo 201 del mismo Código al ocuparse de la investigación de la maternidad legítima. Es lógico suponer, de acuerdo con las fuentes de la disposición legal, que el legislador no ha querido dar mayor amplitud á la indagación de la maternidad natural que á la de la maternidad legítima, desde que la primera afecta el interés y el honor de la familia con la divulgación de hechos deshonrosos, pág. 264.

Los intereses de dinero depositado no se prescriben en cuatro años. No es aplicable el inciso 3.º del artículo 1196 del Código Civil, sino los 2047 y 2232 de dicho Código, pág. 271.

DE LA ADMINISTRACIÓN, pág. 272.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scarpio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaidi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE MAYO DE 1909

NUMERO 18

Del daño sufrido en servicio de otro ⁽¹⁾

POR M. GEORGES DEREUX

(Director en derecho (ciencias jurídicas y económicas), juez suplente en el Tribunal civil de Laon, Francia)

Vemos sin cesar á nuestro alrededor personas que prestan servicios á otras. Es lo que hacen, en el ejercicio de sus profesiones, el notario, el procurador ⁽²⁾, el abogado, el médico, el arquitecto, el preceptor, el director de fábrica, el agente de negocios, el corredor, el empleado de comercio, el obrero, el criado doméstico y muchos otros todavía que sería ocioso enumerar. Ahora bien, sucede diariamente que obrando en servicio de alguien, se es víctima de un daño imprevisto: á veces de una simple pérdida pecuniaria, á veces de un accidente que produce una herida y aún la misma muerte. En semejante caso, la víctima del daño (ó su familia) ¿debe siempre soportar la totalidad del perjuicio? ¿No tiene ningún recurso contra la persona que se ha beneficiado con el servicio prestado?

(1) Como se verá por lo que sigue, no entendemos de ningún modo restringir nuestro estudio á los casos en que hay un arrendamiento de servicios propiamente dicho: comprendemos igualmente los casos en que el servicio prestado consiste en la ejecución de un mandato, ó de cualquier trabajo.

(2) Ver la nota precedente.

He aquí, para el jurisconsulto, una cuestión difícil de resolver. Cuando un azar viene á herir á alguien, parece siempre injusto. Y si, para proteger á ciertas clases de la sociedad, se trata de hacer soportar el perjuicio por otras, habrá siempre amargas protestas. La carga que cambia de espaldas es siempre una carga.

Sin embargo, la cuestión que hemos presentado exige una solución; y es por esto por lo que, guiados por las leyes y también por la equidad, vamos á ponernos en busca de las soluciones más jurídicas y más justas.

I

Felizmente, hay ciertas situaciones—precisamente las que habrían podido dar lugar á los debates más apasionados—para las cuales el legislador, en estos últimos años, nos ha dado reglas precisas: los obreros y empleados en el servicio de las explotaciones industriales ó comerciales encuentran en la ley de 9 de abril de 1893 y en las leyes similares, una protección de las más eficaces: son generalmente indemnizados de la mitad ó aún de los dos tercios del perjuicio que les ha causado un accidente del trabajo. Para las dificultades de detalle que promueve la aplicación de estas leyes, séanos permitido remitir al lector á los numerosos tratados especiales relativos á esta materia.

Pero ¡cuántas situaciones diversas quedan todavía en que la legislación de los accidentes del trabajo no nos

presta ninguna ayuda! Ella no se aplica á los que prestan benévolamente un servicio (3), ni á los que ejercen las profesiones llamadas liberales, ni á los que entran en la categoría de los criados domésticos. Aún los obreros no pueden invocarla cuando han tratado directamente con particulares, sin recurrir á la intermediación de un empresario (4). Por último, esta legislación protege á los asalariados sólo contra los accidentes que afectan á la persona, no contra las simples pérdidas pecuniarias: el obrero á quien alguien robara su dinero, mientras dedica su atención á su trabajo, invocaría en vano las leyes nuevas (5).

Entonces, cuando estas leyes no se aplican ¿qué regla vendrá á guiarnos? — Si el perjuicio sufrido resulta de una culpa de la víctima, los principios generales del derecho civil permiten afirmar que no tendrá derecho á ninguna indemnización. Si por el contrario, el perjuicio resulta de una culpa del que lo emplea, este último deberá repararlo (artículo 1382, Código Civil).—Pero—y es el caso más frecuente—si no hay culpa ni de una ni de otra parte, ó si la culpa que ha podido haber no está suficientemente probada, ¿qué habrá que decidir? El que ha prestado el servicio ¿tiene derecho á una indemnización?

Según la doctrina, y también según la jurisprudencia (6) habría que distinguir según que el contrato celebrado es un arrendamiento de obra ó un mandato. ¿Hay arrendamiento de obra? No hay lugar á indemnización. (7) ¿Hay un mandato? Indemnización completa.—Así, mientras que la legislación especial de los accidentes del trabajo da á sus protegidos una reparación parcial, el Código Civil habría tenido por principio: todo ó nada. Un abogado, llegado el caso, tendrá derecho á una indemnización total: porque ha ejecutado un mandato. Un médico, en el mismo caso, no tendrá derecho á nada: porque sólo ha arrendado sus servicios (8).

Pero desde el punto de vista del simple buen sentido, sorprende algo ver aplicar reglas tan diferentes á situaciones tan semejantes. ¿Es justo que la ley prodigue sus favores al mandatario, sus rigores al simple arrendador de servicios? Y por otra parte ¿es cierto que lo haga, y que los autores del Código Civil hayan puesto en su obra la antítesis que se ve en ella?

Puede ponerse en duda, y vamos á decir por qué nosotros lo dudamos.

II

Por lo pronto, desde el punto de vista racional ¿puede justificarse la distinción que acabamos de recordar? En otros términos: ¿hay entre el arrendamiento de servicios y el mandato una (9) diferencia que explique que se ponga al abrigo de todo riesgo al mandatario y no al arrendador de servicios? Para responder, recordemos previamente cuáles son los rasgos distintivos de los contratos en cuestión.

Según una primera opinión, el arrendamiento de servicios «tiene principalmente por objeto un trabajo material, determinado de antemano, á menudo reiterado, y que no deja al que lo ejecuta ninguna iniciativa personal, ninguna decisión que tomar». (10) Se agrega aun á veces que en el arrendamiento de servicios hay entre las dos partes un cierto lazo de subordinación; uno de los contratantes es un jefe que da órdenes al otro. (11) El mandato tendría por objeto trabajos de una naturaleza más delicada, y tales que el mandante estaría forzado á dejar al mandatario una iniciativa bastante amplia, la facultad de tomar ciertas decisiones; y la naturaleza misma de los servicios prestados tendría por consecuencia que las dos partes tratarían de igual á igual.

Los que adoptan esta opinión se niegan naturalmente á ver un arrendamiento de servicios en el ejercicio de una profesión liberal. Habría, se dice, algo de humillante para el médico, el abogado ó el hombre de letras, en verse colocados en la misma categoría jurídica que el sirviente. (12) Se les evita esta promiscuidad y el humilde epíteto de «arrendadores de servicios», para conferirles el título de «mandatarios asalariados», lo que tiene, parece, otro aspecto. (13)

Por criticable que nos parezca este primer sistema, supongámonos por de pronto que sea verdadero: ¿Justificaría la diferencia que se hace en cuanto á los riesgos, entre el arrendador de servicios y el mandatario asalariado? De ninguna manera. Si uno de ellos es un personaje más humilde, ¿es una razón para tratarlo con menos equidad? Se nos dice que el arrendador de servicios ejecuta un trabajo menos delicado, más material, y por tanto más fácil; y esto explica, es cierto, que la remuneración sea generalmente menos subida; á tarea más fácil, salario más bajo; esto es muy natural. Pero ¿qué relación puede establecerse entre la idea de trabajo puramente material, y la de daños fortuitos que soportar? Por lo mismo que la situación del arrendador de servi-

(3) A menos que se trate de accidentes ocasionados por una máquina agrícola (Ley de 30 de junio de 1899, artículo 1.º).

(4) Cf. por ejemplo, Caen, 7 enero 1902, *Gaz. des trib.*, 1903, 2.ª sem., IV, *Accidents du travail*, 35.—Chambéry, 30 marzo 1904, D. 1906, 271.

(5) Un examen atento de la legislación del trabajo haría descubrir todavía otras diversas hipótesis en que esta legislación no protege al que ha prestado un servicio á otro; por ejemplo, el obrero agrícola está protegido únicamente contra los accidentes ocasionados por el empleo de máquinas agrícolas movidas por motores inanimados (Ley de 30 de junio de 1899, art. 1.º).

(6) Cfr. Pont, *Traité des petits contrats* (ed. 1873), p. 503; Guillaud, *Traité des contrats aléatoires et du mandat* (ed. 1894), núm. 173; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Ibid.*, 3.ª ed., núm. 720, p. 378;—*Pandectes françaises*, Rép., v. *Mandat*, núm. 1315 y s.; Cas., 24 enero 1882, D. 82, 1.65;—París, 14 agosto 1892, D. 93, 2.75;—Aix, 23 octubre 1889, D. 90, 2.301;—Nancy, 29 abril 1893, S. 93, 1.120; París, 20 febrero 1907, *Pand. fr.*, 1907, 2. 183.

(7) Se admite la misma solución en el caso de un servicio prestado benévolamente.

(8) Se adopta esta solución aún por los que se niegan á considerar el ejercicio de una profesión liberal como un verdadero arrendamiento de servicios.

(9) Lo que nosotros comparamos al arrendamiento de servicios es naturalmente el mandato asalariado. Podría compararse igualmente el servicio prestado gratuitamente y el mandato gratuito. Pero estos dos últimos contratos no dan lugar, en el hecho, á procesos; y por otra parte nos veríamos reducidos á presentar á su respecto consideraciones muy análogas á las que exponemos á propósito de los dos contratos á título honorario.

(10) Tribunal civil del Sena, 28 de abril de 1906, *Pand. fr.*, 1907, 2.73.

(11) V. en este sentido, Frey *Annales droit commercial*, 1889, p. 197.

(12) Cf. Potier, *Traité du mandat*, número 23; Merlin, Rép., v. *Notaire*, § 6, número 4; Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, t. II, número 1479 y s.; Duranton, XVIII, número 196; Troplong, *Louage*, t. II, número 791 y s.; Marcadé, en el artículo 1773, número 2.

(13) V. una exposición crítica muy completa de estas diversas opiniones en Baudry-Lacantinerie y Wahl, *Du mandat et du cautionnement*, 3.ª ed., número 380 y s.; y en Rép. Fuzier-Herman, v. *Louage d'ouvrage*, números 23 á 27. Ciertos autores rechazan, á propósito de las profesiones liberales, la idea de mandato y aun hasta la idea de contrato, que les parecen todavía faltas de nobleza. ¿Qué dejan entonces subsistir desde el punto de vista jurídico? Verdaderamente no lo vemos.

cios es más modesta, y su salario más bajo, le es más difícil asegurarse contra los accidentes; y es á él á quien se dejaría sin defensa contra ellos, y se protegería á las personas que tienen generalmente los medios de protegerse ellas mismas!

Sin embargo, si hay una escuela de economistas poco tierna para la gente ocupada en trabajos materiales, es la de los individualistas ortodoxos. Y bien ¿qué es lo que nos repiten sin cesar? «No compadezcamos, dicen, al obrero, al empleado ó al sirviente, porque su ganancia sea á menudo inferior á la de su patrón: porque es una ganancia asegurada. Cuando se entrega á un trabajo puramente manual, cuando no se tiene que tomar ninguna iniciativa, no se es responsable de nada, y no se corre ningún riesgo; por el contrario, desde que hay trabajo intelectual, iniciativa personal, decisión que tomar, dirección que ejercer, hay por lo mismo responsabilidad y riesgo que correr.» He aquí cómo se expresan los individualistas mismos. Si es así, ¿cómo podría quererse, en nombre de la equidad, dejar el riesgo profesional á cargo del trabajador «manual» y sólo de éste?

Cuando naufraga una nave batida por la tempestad, el capitán consciente de su deber es el último que deja su barco, y aún cuando no tenga culpa ninguna; no invoca, para sustraerse al peligro, su calidad de mandatario, ni la superioridad de sus funciones sobre las de sus marineros; porque debe á pesar de esto, ó más bien á causa de esto mismo, desafiar más de cerca la muerte. Habiendo sido el jefe, debe ser el más expuesto. Y la justicia quiere que así sea siempre en la sociedad. Mientras más libertad se ha tenido para obrar á su arbitrio, más se debe soportar los riesgos de su acción. Por lo tanto, si es cierto que el mandato asalariado se distingue del arrendamiento de servicios por la libertad que deja al mandatario, este último debe ser el más expuesto al riesgo profesional. Decidir lo contrario, sería hacer peor desde todo punto de vista la situación de los humildes, y, cuando la idea de igualdad se encuentra en la raíz de la palabra equidad, declarar equitativa la más manifiesta desigualdad.

Además, según la mayoría de los autores y de las sentencias, la verdadera diferencia entre el arrendamiento de servicios y el mandato no es la que acabamos de recordar; lo que distingue esencialmente estos dos contratos, es que el mandatario ejecuta, por cuenta de otro, *actos jurídicos*, y el arrendador de servicios, cualquiera otra especie de actos. (14)

Pero esta nueva distinción (que, por nuestra parte, aprobamos plenamente), justifica mejor que la precedente el principio tradicional según el cual sólo el mandatario, y no el arrendador de servicios, debe ser indemnizado por las pérdidas sufridas? De ninguna manera, á nuestro juicio. Que yo encargue á una persona comprarme una casa (acto jurídico), ó simplemente, sin compararla, que la visite por mí (acto no jurídico), habrá en ambos casos las mismas razones para resolver en un sentido ó en el otro. Si la doctrina pudiera justificar en razón la teoría que pretende establecida por el Código Civil no dejaría de hacerlo; pero, los autores se quedan mudos en este punto. Aún, algunos de ellos reconocen que la distinción tradicional es inicu. Por ejemplo, Baudry La-

cantinerie et Wahl dicen, sin duda, que, á diferencia del arrendador de servicios, «el mandatario asalariado puede reclamar una indemnización en los mismos casos que el mandatario gratuito, porque el artículo 2000 no distingue»; pero agregan luego: «Esto es por otra parte difícil de justificar»; (15) y en una nota publicada recientemente sobre nuestra cuestión por las *Pandectes françaises*, leemos: «Así, hay conflicto entre el derecho y la equidad». (16)

En verdad, la antítesis que criticamos como irracional podía comprenderse en nuestro antiguo derecho: porque antiguamente se comparaba el arrendamiento de servicios, contrato á título oneroso, con el mandato, que entonces era esencialmente gratuito. (17) Cuando se ha prestado un servicio por obligación, se tiene manifiestamente más derecho para ser puesto al abrigo de todo riesgo, que si se ha perseguido su propio interés. Pero, después del Código Civil el mandato puede ser asalariado (artículo 1886); y ahora lo que hay que comparar es el mandato asalariado con el arrendamiento de servicios, ó el mandato gratuito con el servicio que se presta gratuitamente. Y entonces, en cuanto á los riesgos, la equidad exige que se trate de la misma manera á los dos contratos á título oneroso por una parte; y por otra parte á los dos contratos á título gratuito. ¿Por qué conservar en el presente distinciones que no se explican sino por los conceptos del pasado?

Pero en fin, se nos dirá, hay que inclinarse sin embargo ante los textos del Código Civil, especialmente ante el artículo 2000. Seguramente, y se va á ver en un instante que no dejamos de hacerlo. Que se nos permita únicamente desde el punto de vista racional, una última observación.

No sólo, desde este punto de vista, no vemos motivo para tratar de una manera opuesta al arrendador de servicios y al arrendatario asalariado, sino que vemos un motivo para tratarlos de la misma manera: y es que, en la práctica, hay gran dificultad á menudo en distinguirlos. Tal Tribunal dirá «arrendador de servicios»; ó tal otro dirá «mandatario asalariado»; y así el azar que hará que se resuelva un litigio en una ciudad ó en otra, acrecentará para la víctima de un accidente ya la reparación total, ya la miseria. Se evitarían semejantes injusticias tratando de la misma manera, en derecho, las situaciones que se asemejan en el hecho.

¿Se pretenderá negar que la distinción hecha deja mucho lugar á las divergencias de los jueces? ¿Cómo se lo podría? Hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia están ambas divididas en cuanto á los rasgos distintivos de los contratos en cuestión. Supongamos sin embargo que todos estén de acuerdo en admitir el último sistema (el que tiene más partidarios); se choca con una nueva dificultad: á menudo la misma persona pasa instantáneamente de la situación de arrendador de servicios á la de mandatario asalariado y *viceversa*, y en esta con-

(15) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du mandat du cautionnement*, 3.^a ed., núm. 723.

(16) *Prél. fr.*, 1907, 2, 184. Nota firmada A. P.

(17) Según Pothier «el contrato de mandato es un contrato por el cual uno de los contratantes confía la gestión de uno ó de muchos negocios, para que los haga en su lugar y á su riesgo, al otro contratante, que se encarga de ello gratuitamente y se obliga á rendir cuenta (*Du contrat de mandat*; núm. 1). Si el mandato no es gratuito, agrega, «no es un contrato de mandato; es otra especie de contrato; es un contrato de arrendamiento». (Cfr. este texto del Digesto: «Mandatum, nisi gratuitum, nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit» L. 1, § 4, D. (Mandati vel contr.).

(14) V. Aubry et Rau, 5.^a ed., t. IV, pág. 410; Planiol, *Traité élém. de droit civil*, 2.^a ed., t. II, números 2231 y 2232; Rep. Fuzier-Herman, v.^o Mandat, núms. 55 y 56; Lyon-Caen et Renault, 3.^a ed., t. III, número 520; Guillemaud, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2.^a ed., núm. 27; Laurent, 3.^a ed., t. XVII, números 937 y 938.

fusión de operaciones heterogéneas, ¿quién podrá decir cuál de los dos contratos ha ocasionado la pérdida sufrida? Todavía si las gentes imitaran al «maitre Jacques» del *Avatar* y cambiaran de vestido cada vez que cambian de funciones! Pero nuestra época es demasiado apresurada para seguir un ceremonial semejante. Y por otra parte, ¿no sucede a menudo que se acumulan dos funciones en el mismo momento? El sirviente que va a hacer una compra para su amo, ¿no es a la vez criado doméstico, es decir arrendador de servicios, y comprador por cuenta de otro, es decir mandatario? Entonces, cuando se encuentran reunidos en el hecho estos dos caracteres distintos y que se quiere oponer, ¿qué reglas aplicará el juez en caso de accidente? ¿Las del arrendamiento o las del mandato? Debe, se nos dice, resolver «según las circunstancias». (18) Seguramente; pero esto equivale a decirnos nosotros que se deja al juez una amplia facultad para resolver a su arbitrio. La única regla que se le impone en la especie es rechazar toda solución moderada; la reparación del daño debe ser total ó no tener lugar. Pues bien, lo repetimos, cuando dos situaciones son tales que no se puede dar ningún criterio preciso para distinguirlos, ¿es racional hacerles producir efectos no sólo diferentes, sino absolutamente opuestos, y esto no sobre un punto accesorio, sobre la aplicación de alguna regla de procedimiento, sino sobre un punto tan importante que, según la solución admitida, la misma persona puede encontrarse en la abundancia ó en la miseria?

El contrato aparece con todo lo que tiene de chocante, si se hojean las recopilaciones de jurisprudencia. Por ejemplo, he aquí algunas resoluciones que parecen verdaderamente rigurosas.

La Corte de Casación ha considerado como un arrendador de servicios, que no tiene derecho a ninguna indemnización, al empleado de una compañía de ferrocarriles, herido por un viajero en el momento en que ejercía una vigilancia relativa a su servicio, y que tenía por objeto asegurar el cumplimiento de los reglamentos en una estación (19). (La Corte de Chambery, en este negocio, había fallado en sentido contrario).

Lo mismo la Corte Suprema ha considerado como un arrendador de servicios, sin derecho a indemnización ninguna, a un empleado que, habiendo denunciado un robo al jefe de estación, y habiendo recibido de éste orden de detener al delincuente, fué herido por un golpe mortal en el cumplimiento de su misión (20). (La Corte de Alger había fallado en sentido contrario).

La Corte de Nancy ha negado, igualmente, por la misma razón, toda indemnización a la familia de un guarda campestre, mortalmente herido en sus funciones de agente de la policía municipal, cuando procedía a la detención de un delincuente (21). (Los jueces de primera instancia habían fallado en sentido contrario).

Por el contrario, los tribunales han concedido (por aplicación de las reglas del mandato) una indemnización íntegra a un obrero que, teniendo la vigilancia de otros, y habiéndoles evitado un daño imprevisto con un movimiento precipitado, cayó y se hirió (22).

La misma solución se ha admitido para el empleado en la descarga de una nave, que se había herido al salvar a un subordinado en peligro (23).

Por último, se ha considerado igualmente como un mandatario al director de los servicios en América de la compañía francesa de cables telegráficos que murió en la catástrofe de la Martinica, cuando se dirigía a San Pedro a calmar a sus subordinados inquietos. Su familia recibió una indemnización (24).

Es inútil, creemos, proseguir esta enumeración é insistir en la poca armonía de este conjunto de decisiones. Mientras permanecemos en el terreno de la equidad, la mayor parte de los juristas parecen muy dispuestos a darnos razón, y a lamear que el arrendador de servicios y el mandatario asalariado sean tratados de maneras tan diferentes, tan opuestas. Pero, se nos dice, hay que aplicar las disposiciones del Código Civil; porque lo que el juez debe respetar por sobre todo, no es la equidad; es la ley.

La observación es justa; abramos, pues, el Código Civil.

III

La teoría que criticamos se funda en el razonamiento siguiente:

Según los términos del artículo 2000 del Código Civil, «el mandante debe indemnizar al mandatario de las pérdidas que éste ha experimentado con ocasión de su gestión». Por el contrario, el Código guarda silencio sobre las pérdidas sufridas por el arrendador de servicios. Por tanto, el arrendatario tiene derecho a una reparación íntegra; el arrendador de servicios no tiene derecho a nada.

Este razonamiento, es cierto, seduce desde luego por su hermosa simplicidad. Por desgracia, puede argumentarse del mismo modo a propósito de casi todas las otras reglas del mandato. Y entonces ¡qué singulares consecuencias no se va a llegar! Los más calurosos partidarios de la teoría tradicional no dejarán de sentirse algo inquietos.

Ejemplo: Precisamente, antes del artículo 2000 leemos en el artículo 1999: «El mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que éste ha hecho en la ejecución del mandato.» Por el contrario, el Código Civil guarda silencio sobre los anticipos y gastos hechos por el arrendador de servicios. Si el anterior razonamiento es exacto, hay que decir lo mismo por el mismo motivo: el mandatario tiene derecho al reembolso íntegro de sus gastos, el arrendador de servicios no tiene derecho a nada.—¡Extraña conclusión en verdad! ¡Cómo! Si enviáis vuestro sirviente a hacer ciertos arreglos en vuestra casa de campo, no estáis obligado a reembolsarle sus gastos de viaje, porque el Código Civil no lo ha dicho! (25). Y si no obstante los pagáis, sería una donación! Aquel rico americano que, recientemente, desembarcando en Europa, hizo venir un peluquero de París, y encontró excesivos los gastos de viaje de éste, habría podido decirle simplemente: «No os debo nada!» Pero ¿existe un solo tribunal que haya consagrado tan extrañas pretensiones?

La verdad es que el Código Civil ha permanecido casi mudo sobre el arrendamiento de servicios; pero por el contrario, se encuentran en él, en el título 3.º del libro III, principios generales aplicables a todos los contratos,

(18) Lyon-Gaen et Renaut, 3.ª ed., t. III p. 416.

(19) Cas., 24 enero 1882, D. 82. 1.—65.

(20) Cas., 14 abril 1886, *Pand. fr.*, 86. 1. 174; D. 86. 1. 221.

(21) Nancy, 29 abril 1893, D. 93. 2. 527.

(22) París, 14 agosto 1852, D. 53. 2. 76.

(23) Aix, 23 octubre 1889, D. 90. 2. 301.

(24) París, 20 febrero 1907, *Pand. fr.*, 1907. 2. 183.

(25) Cf. este pasaje de Carré (*Nos petits procès*, 9.ª ed., pág. 29): «Unos patronos emprenden un viaje de placer ó de negocios; llevan a sus sirvientes... y retienen sobre los salarios el precio de este viaje forzado. Esto no parece serio, ¿no es cierto? Y sin embargo, esta exigencia se ha revelado muchas veces ante los tribunales, que han sabido hacer justicia.

aún al arrendamiento de servicios; y leemos especialmente en el artículo 1135: «Las convenciones obligan no sólo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso ó la ley dan á la obligación según su naturaleza». Así, el que sirve tiene derecho no sólo al salario prometido, sino también a todo lo que la equidad exige que se le pague. He aquí por qué debe ser indemnizado de los gastos que ha hecho para la ejecución de su contrato; y he aquí también porqué, á nuestro juicio, debe ser indemnizado, en la medida en que lo exige la equidad, de las pérdidas que ha sufrido con ocasión de este contrato.

Tomemos un ejemplo: un cochero que cuidaba un caballo, recibe de éste un golpe que le deja enfermo para toda su vida. ¿Acaso, aun cuando el accidente sea enteramente fortuito, la equidad, y por consiguiente el artículo 1135, no obligan al juez á otorgar una cierta indemnización á la víctima (26)?

Otro ejemplo: un alpinista se ha extraviado en cimas peligrosas; un guía, enviado en su busca, lleva consigo á su perro, que, particularmente habituado á esta clase de salvamentos, tiene por esto un gran valor. Finalmente se salva al alpinista extraviado, pero el perro ha encontrado la muerte en esta expedición. Según la teoría tradicional, el guía, así privado de su más precioso auxiliar, no podrá reclamar ninguna indemnización. Así lo quiere, se dice, si no la equidad, por lo menos la ciencia del derecho.

¡Ah! en verdad que el derecho sería una triste cosa, si condujera así al jurisconsulto á desafiar el sentido común, y á hacer una justicia que sólo él llamaría «la Justicia». Felizmente no es así. Porque el artículo 1134 inciso 1.º y el artículo 1135 permiten, ó más bien aún ordenan, en la vasta materia de los contratos, subentender siempre la idea de equidad y de buena fe. Se dice á menudo, es cierto, que estas disposiciones no son propiamente hablando leyes, sino «simples consejos dados al juez» (27) consejos sobre los cuales no podría asentarse ninguna teoría jurídica. Pero confesamos que no comprendemos. ¿En nombre de qué autoridad superior se viene así á retirar á los artículos del Código Civil su autoridad, y, so pretexto de respetar mejor la ley, quitar á ciertas leyes su fuerza obligatoria? Rechazando la aplicación de los artículos 1134 inciso 3.º y 1135, se cree evitar lo arbitrario, las injusticias que tal vez se cometerían en nombre de la equidad. Pero ¿cuántas injusticias ciertas se cometen, por temor de injusticias simplemente posibles! Y ¿no es precisamente el colmo de lo arbitrario elegir entre las leyes las que se quisiera tener por leyes (28-29)?

Pero, en fin, se nos dirá, hay que confesar, sin embargo, que los artículos 1134 y 1135 sólo dan sobre el arrendamiento de servicios, luces más bien vagas. Aún si se admite en principio su aplicación, ¿qué solución práctica puede deducirse? Es lo que vamos á precisar.

Desde luego es entendido que si, relativamente al punto litigioso, se puede descubrir una voluntad común de las partes, aún tácita, debe respetarse. Pero la mayor parte de las veces, las intenciones de las partes habrán sido verosíblemente contradictorias (cuando un contrato guarda silencio sobre una dificultad, es de presumir que cada una de las partes interpreta su silencio en su favor). Entonces, cuando el Juez es guiado por la voluntad de los contratantes, ¿qué debe decidirse?

Si el arrendamiento se ha celebrado en el exclusivo interés del patrón (ó, lo que es una hipótesis más práctica, si se trata de un servicio que una persona ha consentido prestar gratuitamente), la equidad, sin duda ninguna, exige que el contratante beneficiario del servicio prestado indemnice íntegramente á la otra parte de sus pérdidas.

Si por el contrario el arrendamiento de servicios se ha celebrado en interés de ambos contratantes (como sucede de ordinario), es equitativo repartir el riesgo (30). ¿No es en efecto, el caso de inspirarse aquí por analogía en el principio del artículo 1382 del Código Civil, relativo al contrato de sociedad: «Un socio tiene acción contra la sociedad... en razón de los riesgos inseparables de su gestión»? Si las circunstancias de la causa no dejan ver ninguna razón para hacer soportar la pérdida sufrida por un contratante más bien que por el otro, el daño experimentado deberá repartirse igualmente entre los dos. En el caso contrario el juez apreciará en qué medida es justo hacer variar esta proporción, como aprecia la manera como conviene repartir los gastos de un proceso, entre litigantes que sólo han triunfado parcialmente. La cuantía del salario fijado proporcionará uno de los principales elementos de apreciación; á veces aún el juez podrá deducir de él que hay lugar á dejar todo el riesgo á cargo de una de las partes.

Tales son las soluciones que preconizamos para el arrendamiento de servicios y sospechamos que ciertos jurisconsultos las admitirían muy fácilmente, si tratáramos de justificarlas no con el artículo 1135, sino exclusivamente con la voluntad común de las partes. Hablar de voluntades tácitas aún sobre puntos en que no han pensado los contratantes ¿no es un método clásico, para hacer penetrar, en cierta manera bajo una máscara, la equidad en el derecho? Puede descargarse, se dirá, al arrendador de servicio de todo ó parte del riesgo por convención; la convención puede no ser expresa; las convenciones tácitas pueden ser ficticias (que se recuerde por ejemplo la famosa teoría del *mandato tácito* entre cónyuges); y he aquí, parece, encontrado el camino para poner de acuerdo la tradición y la equidad.

(26) Se sabe que, contrariamente á la opinión de la doctrina, la jurisprudencia cree deber aplicar el artículo 1385 á los accidentes de que son víctimas los servidores del dueño del animal (V. Fuzier-Herman, *op. Responsabilité civile*, núms. 903-904). Pero todos admiten que no debe aplicarse la presunción de este artículo cuando el dueño del animal prueba que hubo caso fortuito ó fuerza mayor (*Ibid.*, 817).

(27) De esto se deduce especialmente que la Corte Suprema no puede anular un fallo por inobservancia de estos artículos.

(28) Si se pretende que el artículo 1135, en cuanto contiene la idea de equidad, es demasiado vago para ser considerado como una ley, ¿por qué no se dice lo mismo del artículo 1382? Esta última disposición no es más precisa que la primera. ¿Cuándo un daño causado á otro constituye una «culpa», ó es legítimo? ¿Cuándo hay «abuso de derecho»? La solución de estas cuestiones descansa siempre, en definitiva, en la idea de equidad, y no se ve por qué esta idea se impondrá al juez en materia de delitos, y no en materia de contratos.

(29) Por otra parte las disposiciones, cuando no se las esclarece con la idea de la equidad, «se prestan á los comentarios más fantásticos... Sin la conciencia moral, no hay recurso para el intérprete», como lo dice muy bien M. Mallieux en su reciente estudio, *L'expérience des jurisconsultes* (*Rev. de métaph. et de morale*, 1907, p. 793).

(30) Tal vez vendría la tentación de repetir aquí objeciones análogas á las que ha provocado la ley de 9 de abril de 1898. Se ha dicho entonces: el patrón no tiene que participar del riesgo del obrero, porque el obrero no participa del riesgo del patrón y no tiene que preocuparse de los accidentes que ocurren á este último. Se ha respondido que el patrón, dirigiendo la empresa, no puede descargarse sobre otros del riesgo que corre: este riesgo, en efecto, depende esencialmente de la manera como ejerce libremente su actividad (mientras que el obrero obedece á órdenes). Además, si el patrón obtiene éxito en su empresa, realizará beneficios considerables que el obrero no puede esperar. Donde están las probabilidades de ganancia, deben estar también las de pérdida. Puede repetirse este argumento *mutatis mutandis* a propósito de los demás arrendamientos de servicios.

A decir verdad, para alcanzar la justicia, no nos gustan los rodeos; y, á nuestro juicio, es la línea recta la que lleva más seguramente al derecho. Las ficciones clásicas son muy ingeniosas, pero ¿qué tanto ingenio, cuando el artículo 1135 dispensa tan juiciosamente de tenerlo? Es siempre enojoso, en nuestra opinión, encontrar la solución justa en cierto modo por sorpresa.

Pero tal vez debamos recordar aquí las lecciones de la historia: los principales progresos de la jurisprudencia se han llevado á cabo bajo el disfraz de fórmulas tradicionales cuyo sentido se cambiaba poco á poco, conservando sus palabras; estas palabras desempeñaban un papel análogo á la cortina de teatro tras la cual se opera un cambio de decoración. Y tal vez no tengamos probabilidades de hacer triunfar las soluciones que creemos justas si, rechazando toda ficción, las relacionamos directamente con el artículo 1135 del Código Civil.

Si es así, nos resignaremos á deducirlas de las voluntades presuntas, aún muy problemáticas. Lo importante es, ante todo, que los magistrados pronuncien resoluciones justas, y que se llegue á la equidad aunque sea con rodeos.

Pero, que se prefiera la vía recta ó el camino desviado, habrá que convenir en que el Código Civil no obliga en manera alguna á ser injusto para con el arrendador de servicios. El juez en esta materia puede ser equitativo sin colocarse por encima de las leyes, sin llegar á ser un «buen juez», es decir, un mal juez. Vamos ahora á demostrar que lo mismo ocurre en materia de mandato, y que las reglas aplicables á los dos contratos estudiados están en perfecta armonía.

IV

Cuando se celebra un mandato en interés exclusivo del mandante, no hay dificultad posible: el mandatario debe recibir por las pérdidas que ha sufrido una reparación total. Esta solución es análoga á la que hemos preconizado para el arrendamiento de servicios; y el artículo 2000 del Código Civil, ya citado, la dicta expresamente: «El mandante debe indemnizar al mandatario las pérdidas que éste ha experimentado con ocasión de su gestión, sin imprudencia que le sea imputable».

Sólo que, no haciendo este artículo ninguna distinción, se pretende ordinariamente aplicarlo aún al caso en que el mandato ha sido celebrado en interés de ambas partes: aún entonces, se nos dice, el mandatario tiene derecho á una reparación íntegra; es tal vez injusto, pero es la ley. Responderemos: sí; sin duda, es injusto; pero no es la ley. Y vamos á tratar de probarlo.

Un hecho nos llama desde luego la atención: consideremos los artículos del título del *Mandato* próximos al artículo 2000; encontramos algunos que están concebidos en términos igualmente generales, y que sin embargo todos están de acuerdo en aplicarlos exclusivamente al contrato celebrado en interés del mandante. Tal es especialmente el artículo 2004: «El mandante puede revocar el mandato á su arbitrio». En nombre de la equidad, se rechaza la aplicación de esta disposición cuando el acto ha sido ejecutado en interés de ambos contratantes⁽³¹⁾. Y entonces nos preguntamos: ¿por qué, en nombre de la equidad, no hacer lo mismo á propósito del artículo 2000; por qué, en la misma hipótesis, no rechazar su aplicación y volver al principio general del artículo 1135, que permitiría repartir el riesgo?

Pero hay más: estudiando los trabajos preparatorios

del Código Civil, se ve, vamos á demostrarlo al momento, que todo el título del mandato ha sido redactado exclusivamente en vista del caso en que el contrato se celebra en el solo interés del mandante. No deduciremos ciertamente de esta proposición paradójica, que no deben aplicarse las disposiciones de este título cada vez que el contrato se ha celebrado en interés de ambas partes; pero diremos que, en semejante caso, se aplican sólo por analogía, y en la medida que lo exige la razón. Por consiguiente, desde que falta la analogía, desde que una disposición del título del *Mandato* se explica porque el contrato se supone celebrado en el solo interés del mandante, hay que guardarse de aplicar esta disposición cuando el contrato ha sido celebrado en interés de ambas partes.—Hay que resolver entonces la dificultad con ayuda de los principios generales de los contratos. Y he aquí cómo se justifica la jurisprudencia antes citada relativa al artículo 2004; y he aquí también por qué deseáramos ver adoptar la misma jurisprudencia relativamente al artículo 2000.

Pero, se dirá, ¿es cierto que en el Código Civil el título del *Mandato* considera exclusivamente el caso en que el contrato se ha celebrado en el solo interés del mandante?—La célebre recopilación de Locré nos proporcionará la mejor de las respuestas. Vemos ahí desde luego que el consejero de estado Berlier, encargado de presentar oficialmente al Cuerpo Legislativo el título del *Mandato*, se expresó en estos términos: «... Por su naturaleza el mandato es gratuito: es un oficio de la amistad, así lo definió el derecho romano y nuestro proyecto le conserva este noble carácter». Sin embargo, agrega Berlier, la regla de la gratuidad del mandato no podría ser absoluta, y puede derogársela por una estipulación expresa. «Esta estipulación será, pues, permitida, porque no tiene nada contrario á las buenas costumbres, y aún será de una exacta justicia, siempre que el mandatario no tenga bastante fortuna para hacer á su amigo el sacrificio de su tiempo y de sus cuidados, circunstancia que puede ocurrir á menudo, y en la cual la retribución será menos un lucro que una indemnización».⁽³²⁾ Ya se ve, el mandato del Código Civil es un contrato celebrado entre amigos, y en que el mandatario no busca ningún beneficio; es, pues, un acto ejecutado en interés del mandante.

Lo mismo, ¿qué dice el bueno Tarrible en su informe al Tribunal? «El proyecto proclama que el mandato es gratuito si no hay convención contraria. Imprime así á este contrato el hermoso carácter del desinterés y de la generosidad. La ley civil, siempre respetable, parece ser más sensible cuando se la ve fecundar en el corazón de los ciudadanos los sentimientos afectuosos que los llevan á prestarse mutuamente servicios gratuitos, y ennoblecerlos trazando las reglas que deben dirigirlos. Los romanos habían consagrado también el mismo principio, y lo observaban tan escrupulosamente que la más ligera retribución, mirada entre ellos como incompatible con el mandato, lo hacía degenerar en un contrato de arrendamiento. Con razón este rigorismo ha parecido excesivo á los autores del proyecto. ¿Por qué el comitente no podría dar ó prometer una recompensa? ¿Por qué no podría obedecer al sentimiento de una justa delicadeza, que le llevaría á indemnizar al mandatario del sacrificio de su tiempo y de cuidados que habría podido emplear útilmente para él mismo?

(Continuará).

⁽³¹⁾ Cas., 11 febrero 1891, *Pand. fr. pér.*, 1891. I. 314; S. 91. I. 121.—Aubry et Rau, 4.ª ed., t. IV, § 416;—Laurent, *Princip. de dr. civ.*, t. XXVIII, párr. 20.—Cass., 10 febrero 1891.

⁽³²⁾ Locré, t. XV, p. 234 (Sesión del Cuerpo Legislativo de 12 ventoso año XII).

JURISPRUDENCIA

La introducción de ganados en un campo por la persona que ha realizado construcciones en él, que han dado origen á que se le siga un juicio por obra nueva, introducción efectuada con posterioridad á la intimación de suspensión de la obra, no puede en manera alguna considerarse como obra nueva y ordenar, por consiguiente, su retiro.

Contra el hecho de la introducción de ganados puede accionarse ejerciendo los interdictos posesorios, pero no con el juicio de obra nueva que la ley reserva para casos extraordinarios que no pueden ampliarse por analogía.

Visto este recurso de queja por denegación de apelación, interpuesto por el demandado, en el juicio de obra nueva iniciado por don E. C. G.:

Resultando: Que habiéndose denunciado por el actor que el demandado, con posterioridad á la intimación de suspensión de la obra nueva, había introducido ganados en el campo de su propiedad, se dispuso por auto 4 de febrero, la intimación del retiro del ganado; que recurrida esa resolución, no se hizo lugar á la revocatoria ni á la apelación interpuesta (auto fecha 13 de febrero);

Y atento á que las resoluciones indicadas reposan sobre un error fundamental, en considerar que la introducción de ganado es obra nueva, que pueda en consecuencia dar lugar al procedimiento excepcional de los artículos 1190 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; que para la ley, como para la doctrina y la jurisprudencia, obra nueva es una construcción,—un edificio, un puente, un canal, un cerco, un muro,—es decir todo trabajo adherido al suelo ó á otra construcción, que mude las condiciones del lugar (artículos 647 y 648 del Código Civil. Véase Pisanelli; Galde, tomo III);

Que si la introducción de ganados no puede considerarse obra nueva, como tampoco lo serían el corte de árboles ó plantas, la siega de mieses ú otros actos análogos positivos de posesión, es incuestionable que no puede reaccionarse contra esos hechos, mediante la acción de obra nueva, de índole excepcional, que la ley reserva para casos extraordinarios que no pueden ampliarse por analogía;

Que la introducción de ganados puede constituir, según los casos, una usurpación ó una simple molestia ó perturbación de posesión, contra las que puede reaccionarse mediante los interdictos posesorios, pero no por el ejercicio de la acción reservada á la obra nueva;

Que en este caso, si se atiende más á la naturaleza de las cosas, que al nombre que arbitrariamente pueda dárseles, la acción intentada por el actor para obtener el retiro del ganado, ha sido una acción posesoria en vía incidental y resuelta con prescindencia de toda la tramitación de los interdictos posesorios y sin audiencia de la contraparte;

Que en mérito á lo expuesto, se deduce sin violencia, que era apelable el auto recurrido, porque si bien la tramitación de estos juicios es brevísima, eso no puede obstar á que obtenida por un procedimiento irregular una resolución que perjudica aún en su carácter provisorio, se eche mano de recursos legales que hubieran sido innecesarios si no se hubiera accedido de plano á las pretensiones del actor.

Por estos fundamentos:

Admítase el recurso interpuesto, dejándose sin efecto la resolución recurrida en cuanto dispone el retiro del ganado, sin especial condenación en costas.

Furriol.

Montevideo, abril 1.º de 1909.

Son competentes los Juzgados de Comercio para entender en cuestiones que afectan á la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo y que se refieren á los barcos empleados por la misma, como ser las dragas y otros semejantes.

La Empresa Constructora del Puerto, si bien es una sociedad de carácter civil por su objeto,—puede, no obstante, ejercer actos comerciales y quedar sometida por ello, á la jurisdicción comercial.—(ARTÍCULO 6.º DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

Las embarcaciones empleadas por la Empresa entran dentro de la calificación legal de buque, que es de comprensión general, como lo demuestran los artículos 1031, inciso 2.º y 1080 de dicho Código;—no pudiendo alegarse que el objeto especial para que han sido construidas, les quite su carácter de buques, regidos por las leyes comerciales.

Vistos: esta excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción opuesta por la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo á la demanda contra ella deducida por don F. G. sobre indemnización de daños y perjuicios;

Resultando: Que la Empresa demandada alega como fundamento de la excepción opuesta:

1.º Las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3 del Código de Comercio que determinan las personas que la ley reputa comerciantes,—que la Empresa demandada no es comercial sino que constituye una Empresa constructora de obras públicas que no hace profesión de la compra y venta de mercaderías ni de ninguno de los demás actos que enumera por extenso, que caracterizan al comerciante y que no ejecuta la Empresa, y por consiguiente no puede ser considerada comerciante, ni puede ser demandada por ante la jurisdicción comercial dado que por otra parte el arrendamiento de obra es por su naturaleza esencialmente civil;

2.º Que la naturaleza de la acción intentada es genuinamente civil por tratarse de una indemnización de daños y perjuicios, siendo arbitraria y caprichosa la cita que se hace del Código de Comercio para dar base á esa indemnización, pues no se trata de un buque en viaje sino de una draga ocupada en el trabajo de construcción del Puerto, y las dragas, en el caso y dada su aplicación, son simples medios de construcción instrumentos ó herramientas que se emplean ó utilizan para el fin indicado, ni á su respecto se llenan las formalidades del Código de Comercio, ni existe un capitán y tripulación contratados y su personal se toma como en las canteras de «La Teja» ó en el trabajo de terraplenes y se encuentran en las mismas condiciones que el empleado en cualquier otro trabajo de construcción del Puerto;

Resultando: Que el actor desestima y contradice la excepción opuesta alegando:

1.º Que ella es sólo un pretexto para dilatar la trami-

tación de este juicio que es esencialmente comercial desde que el asunto á ventilarse y juzgarse tiene que ser resuelto única y exclusivamente por las disposiciones del Código de Comercio;

2.º Que aún suponiendo que el giro de la Empresa demandada fuera únicamente de orden civil, en muchos casos podría ser demandada ante los Tribunales de Comercio, como por ejemplo, si firmara una letra á la orden y hubiera necesidad de demandarla para su pago, y así en todos los casos en que haya de regirse por el Código de Comercio;

Resultando: Que abierto el incidente á prueba, se produjo por las partes durante el término la de que instruye el certificado á f. 64, del Actuario, consistente:

Por la Empresa del Puerto, en los informes producidos por la Comandancia General de Marina á f. 41, por la Inspección Sanitaria del Puerto á f. 45, por la Oficina Técnica Administrativa del Puerto á f. 50 y por la Dirección General de Aduanas á f. 52.

Por la parte demandada, en las declaraciones de los testigos M. E. á f. 58, F. S. á f. 39 y F. R. á f. 60.

Agregándose después del vencimiento del término por parte de la Empresa demandada el pliego de posiciones de f. 86 y oficio de f. 65, y por el demandante los oficios diligenciados á f. 70 y f. 74;

Considerando: Que las cuestiones á resolver son las siguientes:

1.º Si la Empresa Constructora del Puerto es de naturaleza civil ó comercial, y si lo primero, si puede en casos ó cuestiones determinados ser sometida á la jurisdicción comercial;

2.º Si la draga «Uruguay II» á que se refiere la demanda, al servicio de la Empresa, es, dada su aplicación, un simple medio de construcción, instrumento ó herramienta como sostiene la Empresa, ó constituye un buque que cae y se rige, así como su tripulación, por las disposiciones del Libro III del Código de Comercio;

3.º Si la acción deducida es genuinamente civil y corresponde á la jurisdicción ordinaria, ó es una acción comercial, sujeta á la jurisdicción comercial y leyes comerciales;

Considerando: En cuanto á la primera cuestión, que si bien la Empresa Constructora del Puerto, dado el objeto de su constitución y naturaleza de sus contratos celebrados con el Estado, que son de pública notoriedad, dirigiendo sus actividades y sus esfuerzos al único fin de la construcción del Puerto de Montevideo por un precio determinado de antemano, constituye propiamente una Empresa de trabajos y obras públicas bajo la dirección y la vigilancia del personal competente nombrado por el Estado como se establece en las sentencias transcritas en el alegato de f. 77,—no puede considerarse como una Empresa de carácter comercial, ni tampoco equipararse con las empresas constructoras particulares que al mismo tiempo hacen profesión de la compra y venta de materiales de construcción y cuyo carácter comercial está admitido (Rogron, artículo 1209 del Código Francés, página 1209. Edición de 1892),—eso no obsta para que la Empresa del Puerto, así como cualquier otra sociedad ó un particular no comerciantes «verifiquen accidentalmente algún acto de comercio, sin ser por eso consideradas «comerciantes, quedando sin embargo sujetas en cuanto á las controversias que ocurran sobre dichas operaciones á las leyes y jurisdicción de Comercio» (artículo 6 del Código de Comercio);—así en el ejemplo hipotético traído á colación por el demandante en su contestación de f. 28, si la Empresa firmara una letra á la orden y hubiera necesidad de demandarla para su pago, induda-

blemente tendría que recurrirse al Juzgado de Comercio, y recordando casos prácticos en el juicio citado por el actor que la sociedad de pesquería «Galcerán» siguió por ante la jurisdicción comercial y recientemente por ante este Juzgado, se ha seguido y ha fallado el juez proveente el pleito seguido por don R. I. contra la misma Empresa sobre daños y perjuicios con motivo del naufragio de un buque de propiedad de aquel que chocó contra uno de los pilares del Puerto en construcción,—sometida en uno y otro caso la Empresa demandada á la jurisdicción comercial, porque el asunto sobre que versaban esos pleitos pertenecían á esa jurisdicción;—hechos y antecedentes incontrovertibles que prueban concluyentemente que no obstante la condición civil de la Empresa, ella puede ser traída y sometida á la jurisdicción comercial cuando por su naturaleza á ella correspondan las cuestiones que la lleven á pleito;

Considerando: En lo que se refiere á la segunda cuestión propuesta que nuestro Código de Comercio, no define lo que son buques, sin género de duda porque el legislador ha considerado que la idea que la palabra expresa es suficientemente clara para que en su lata extensión comprensiva de toda construcción destinada á la navegación á objeto de transportar hombres ó cosas, haya necesidad de definirla;

Considerando: Que tampoco hace el Código de Comercio distinción de buques, ni sus disposiciones se refieren únicamente á la navegación marítima, sino que comprende toda clase de buques y legisla para la navegación en general tanto marítima como fluvial, lo que se comprende con sólo leer el título «De los derechos y obligaciones que resultan de la navegación», con que encabeza el Libro III, tanto más significativo cuanto que es una modificación al de «comercio marítimo» empleado anteriormente en los Códigos que sirvieron de modelo al nuestro, y si alguna duda pudiera subsistir, queda desvanecida, entre otros que pudieran citarse, por los artículos 1031 inciso 2.º y 1080 de dicho Código, que se refieren exclusivamente al *cabotaje menor ó dentro de los ríos*;

Considerando: En consideración de esto, que cuando el Código de Comercio, disponiendo sobre los derechos y obligaciones de las personas empleadas en la navegación, las designa con las expresiones *gente de mar*, en buena lógica no puede sostenerse que haya querido referirse solamente á las personas empleadas únicamente en la navegación marítima cuando se ocupa y viene legislando para la navegación en general, marítima y fluvial, y cuando el contexto y conjunto de las disposiciones del Código, la razón y buen criterio están indicando que esas antiguas y vulgares locuciones han sido empleadas en el sentido que les da el uso y el sentir común de *marino, de gente matriculada en la marina, marineros*, que es también sentido gramatical;

Considerando: Que de admitirse la interpretación restrictiva de la Empresa demandada, vendría á admitirse también que el Código de Comercio ha hecho caso omiso y ha dejado fuera de sus disposiciones al numeroso personal empleado en los vapores y buques de vela del Río de la Plata y Uruguay y ríos interiores, que constituyen parte tan importante de la navegación nacional, lo que no es dable suponer de la inteligencia y saber jurídico del autor del Código y de la ilustración y buen sentido del legislador, y sin que se sepa que tal cosa se haya sostenido por ante los Tribunales de la República que han aplicado siempre sin contradicción las disposiciones del Código de Comercio tanto á los buques de la navegación fluvial como á sus tripulaciones;

Considerando: Que la draga «Uruguay II», con un

caso que admite parangón con los trasatlánticos que mantienen nuestro comercio con el viejo mundo, de cabida de más de 3,500 toneladas, movida á vapor y á hélice, que para venir á Montevideo hizo la travesía del Océano, navegando desde Rotterdam, que todos los habitantes de Montevideo han podido y pueden ver navegando saliendo de la Bahía para conducir el barro de ella extraído y arrojarlo más allá de Punta Carreta, manteniéndose en el mar como el mayor buque, esté aquí en calma ó haga mar gruesa, y aguantando cualquier tiempo, sea cual fuere la dirección y fuerza del viento, constituye una construcción apropiada y hecha para navegar y es un verdadero buque á vapor que navega como los otros vapores;

Considerando: Que la circunstancia de haber sido construido con el fin especial de extraer barro, dotándolo de un aparato adecuado á ese objeto, no es causa suficiente para quitarle su calidad de buque, porque la ley no hace distinción de buques y la industria naval las construye apropiados al fin común ó especial á que son destinados; así, la «Uruguay II», ha sido provista de un aparato de baldes para extraer el barro y tanques para recibirlo, los frigoríficos lo han sido de aparatos especiales para producir el frío y cámaras apropiadas para conducir la carne; los buques rompe-hielos de los puertos del norte de Europa se construyen adecuados á ese objeto y sin que sirvan para otra cosa, sin perder por eso su calidad de buques, y de construcción especial y sin otro destino, son también los vapores destinados en los grandes puertos, á apagar incendios, sin por eso perder su calidad de buque, para decir que son simples bombas de incendio;

Considerando: Que si por su aplicación á la construcción de las obras del Puerto, la draga «Uruguay II» hubiera de ser tenida como un simple medio de construcción, instrumento ó herramienta como sostiene la Empresa, con la misma razón habría que decir que las demás instalaciones de diversas clases, tamaños y destinos que igualmente emplea con el mismo fin y forman numerosa escuadrilla, son igualmente herramientas ó instrumentos de construcción, y aplicando el mismo razonamiento y con la misma lógica los frigoríficos destinados al fin especial de conducir carnes congeladas, se convertirían en instrumentos ó herramientas de ganadería, y los buques de propiedad de las Empresas agrícolas, empleados en su servicio, serían también instrumentos ó herramientas de agricultura, y así en otros casos; transformaciones á que se resiste la razón y el buen sentido, para los cuales los buques son siempre buques, cualquiera sea su destino y fin especial;

Considerando: Que si recurrimos al «Diccionario de la Lengua Castellana» buscando la significación de la palabra «draga», con que se califica á la «Uruguay II», encontramos que así se llama «la máquina que se emplea para ahondar y limpiar los puertos de mar, ríos, etc...»; pero que también lleva el concepto de *barco*, *generalmente un pontón que lleva esa máquina*, de lo que se deduce que la Real Academia de la Lengua Castellana, resuelve la cuestión en el mismo sentido que en los anteriores considerandos, y que, de cualquier punto de vista que se la examine, la draga «Uruguay II» resulta un buque movido á vapor y á hélice, provisto de una máquina de dragaje que se emplea en la construcción del Puerto de Montevideo;

Considerando: Que el hecho de que la draga «Uruguay II» desde que cruzó el Océano no haya realizado ningún viaje de mar al servicio de la Empresa demandada, ni haya efectuado despacho para puerto alguno,

ni haya abierto ni cerrado registro en la Aduana, ni haya sido despachada por la Inspección Sanitaria del Puerto, ni que el demandante haya contratado en ella sus servicios para uno ó más viajes (informes á f. 41, i. 50 y f. 52 y confesión del pliego de posiciones de f. 86) son circunstancias que en nada favorecen las pretensiones de la Empresa demandada, porque son una consecuencia del servicio y viajes que hace dicha embarcación y son comunes y generales en la navegación del Río de la Plata y sus afluentes; ninguno de los vapores que hacen la carrera á Buenos Aires y puertos del Paraná y Uruguay hacen viaje de mar; ninguno de los vapores remolcadores y demás embarcaciones de vela que hacen su servicio dentro y en los alrededores de la Bahía de Montevideo, sin destino á otro puerto, hacen despachos de Aduana ni de sanidad, porque no tendrían objeto, ni son requeridos, bastando para su salida y entrada á la Bahía la sola intervención de la Comandancia de Marina, y con seguridad las tripulaciones empleadas en los buques referidos no se contratan por viaje en cada uno de los que realizan los vapores de la carrera ó en los varios que al día hacen los remolcadores y demás embarcaciones, ni la ley ha hecho limitación alguna sobre la libertad que tienen de contratar como convenga á sus intereses, sea por mes, á la parte ó interesados en el flete (artículos 1159 y 1157 del Código de Comercio); no teniendo otro alcance que expresar el objeto y fin del contrato, la expresión de que éste se celebra «para hacer uno ó mas viajes de mar»—contenida en el primer artículo citado;

Considerando: Que todas las cuestiones relativas á buques, contratos y sueldos de sus tripulaciones y sus derechos y obligaciones se rigen por las disposiciones del Código de Comercio;

Considerando: Que derivándose la acción deducida por don F. G. de la condición de tripulante como marinero á bordo de la draga «Uruguay II», que aquél alega haber sido, y en los derechos que hace derivar de tal condición, ella es, por su naturaleza, comercial, y corresponde, en consecuencia, á la jurisdicción del Juzgado de Comercio.

Por tales fundamentos, creo deber fallar y

Fallo:

Declarando que no procede la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la Empresa demandada, y de su cargo las costas causadas, y contéstese desechamente la demanda.

Montevideo, marzo 8 de 1909.

Gil.

Señor Juez Letrado de Comercio:

R. G. y S., por la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo, en autos con F. G. sobre indemnización de daños y perjuicios, á V. S. como más haya lugar, digo: Que se me ha hecho saber un auto de V. S. por el cual desecha la excepción de incompetencia que deduje en tiempo y forma, y como no considero arreglada á derecho esa sentencia, interpongo á su respecto el recurso de apelación.

Establece V. S. en la sentencia de que recurro, que son dos las cuestiones á resolver, á saber: si la Empresa Constructora del Puerto es de naturaleza civil ó comercial, y si lo primero, si puede en casos ó cuestiones deter-

minadas, ser sometida á la jurisdicción comercial y si mismo si la draga «Uruguay II» á que se refiere la demanda es, dada su aplicación, un simple medio de construcción, instrumento ó herramienta, como lo sostiene la Empresa, y si la acción deducida es genuinamente civil y corresponde á la jurisdicción ordinaria, ó es una acción comercial sujeta á la jurisdicción y leyes comerciales.

La primera cuestión la encara y la resuelve V. S. en el sentido de la tesis sostenida por la Empresa en este pleito, triunfante en otros pleitos decididos en ese sentido; pero entiende que no tiene razón la Empresa al pretender y sostener que la acción deducida en este caso es genuinamente civil, pues en concepto de V. S. se trata de una acción comercial sujeta á la jurisdicción comercial y leyes comerciales.

Se funda V. S. para pensar y resolver en ese sentido en que aún cuando sea civil la Empresa, ella como cualquier otra sociedad particular, aún sin ser comerciante, puede verificar accidentalmente actos de comercio, sujetos á la ley comercial. En cuanto á las controversias que ocurren sobre dichas operaciones, como por ejemplo, si la Empresa hubiera firmado letras á la orden y hubiera necesitado demandarla por su cobro, en cuyo caso es indiscutible que sería ejecutable la Empresa por la ley comercial y en el Juzgado de Comercio.

Es exacto é indiscutible que aún las personas no comerciantes pueden ser justiciables ante la jurisdicción comercial si accidentalmente practican actos de comercio; pero la Empresa ha sostenido y sostiene todavía que la draga «Uruguay II», por el objetivo de sus funciones, constituye exclusivamente un medio de construcción del Puerto, y no es propiamente un buque destinado y consagrado á las funciones de la navegación.

No voy á empeñar una discusión escolástica y porfiada sobre el particular, sino que voy á limitarme á exponer una vez más, la doctrina que sostiene la Empresa frente á las consideraciones de la sentencia de V. S., para que el Tribunal á quien recorro se pronuncie al respecto.

Tengo la esperanza de que el Superior encará y resolverá esta cuestión con muy distinto criterio.

La Empresa no ha sostenido que sea necesario ser comerciante para ser sometido en algún caso á la jurisdicción comercial, pues la jurisdicción comercial se impone cuando una persona no comerciante ejecuta un acto comercial ó son comerciales los actos que dan causa á la demanda, como el caso de suscribir vales ó letras á la orden; pero sostiene que las dragas en el caso, y dada su aplicación, son simples medios de construcción, instrumentos ó herramientas que se emplean ó utilizan para el fin indicado; que ni respecto de las referidas dragas se llenan las formalidades prescriptas por el Código de Comercio ni existe un capitán y una tripulación contratada, sino que el personal se toma como en las canteras ó en el trabajo de terraplenes ú otros, según las necesidades del trabajo y es retribuido de sus servicios según los presta— que el personal que se emplea en la draga para el servicio del dragado, única función de sus elementos de construcción, se encuentra en las mismas condiciones que el empleado en cualquier otro trabajo del Puerto, y sus relaciones para con la Empresa son las mismas, y sobre todo que no hay viajes determinados que puedan ser objeto de la contratación que se invoca por el demandante, y no han sido contratados por consiguiente en esas condiciones.

Debo agregar, sin embargo, que yo no he pretendido que la jurisdicción comercial no se ejerza lo mismo sobre los buques destinados á la navegación fluvial que sobre

la marítima, pues lo único que he sostenido es que la jurisdicción comercial no es aplicable á embarcaciones que no hacen ni la navegación fluvial ni la marítima y se han construido para dragar un puerto en construcción y no han tenido otra aplicación hasta la fecha, y que no es idéntico el caso de un buque frigorífico que hace la navegación marítima como cualquier otro, si bien aplicándose preferentemente, con departamentos apropiados, para transportar la carne conservada en hielo.

La cuestión está planteada de parte á parte en sus lineamientos precisos, y prolongar y utilizar la discusión no contribuiría á esclarecerla sino á oscurecerla. Deseo únicamente que el Superior la estudie y resuelva con los elementos de información y de criterio que existen en autos, muy bastantes para determinar sus convicciones.

Por tanto:

A V. S. pido quiera otorgarme el recurso de apelación en relación y ordenar que se eleven los autos en la forma de estilo.

Es justicia, etc.

R. G. S.

JOSÉ P. RAMÍREZ.

Señor Juez Letrado de Comercio:

F. G., en autos con la Empresa General del Puerto de Montevideo por daños y perjuicios, evacuando el traslado conferido, á V. S. digo:

Que estando en terpueto el recurso de apelación deducido por la parte contraria dentro del término legal, no me opongo á que sea concedido en relación como corresponde.

Contra el fundadísimo fallo de V. S., corriente de fojas 106 á 118, no cabe—litigando con sinceridad—recurso alguno, no existe tribunal que revoque esa resolución judicial que lleva por fundamento la verdadera doctrina y la aplicación estricta del derecho positivo mercantil.

Si alguna omisión tiene la sentencia de V. S., lo fué en cuanto no condenó en costas á la Empresa demandada, cuya notoria mala fe y temeridad, en este litigio, se revela ya sin escrúpulo alguno, al deducir apelación contra un fallo que no la condenó en los términos que procedía justamente hacerlo.

Mi parte confía en que el tribunal de alzada, al confirmar esa sentencia que por su estructura y consideraciones honran al Juez que la suscribe, lo hará con las costas y costos de segunda instancia para que no pese sobre mí el recargo de honorarios que motiva y ocasiona la continua conducta del litigante contrario.

Se apela sin ninguna esperanza, pero con un propósito condenable y ostensible: obligarme por estas dilaciones y dado mi precarísimo estado, á tener que transar á vil precio este derecho legítimo que litigo. El Superior espero que ha de resolver esta sencilla apelación, dentro de los plazos legales, para que el derecho que los Jueces me han de reconocer en definitiva, no tenga que sacrificarlo en un arreglo apremiante.

El escrito en traslado nada dice contra el fallo de V. S., que resulta inmovible. Ni un solo argumento, ni una sola cita frente á todas las citas legales y á toda la argumentación de doctrina y de jurisprudencia del fallo recurrido.

En realidad, declaro que tuve el propósito, dado lo anodino del escrito de apelación, de limitar éste á los términos concretos para evacuar el traslado para que se concediese el recurso.

No hay en el escrito en traslado análisis del fallo de V. S., y se reconoce la impotencia del contrario cuando desprovisto de argumentos, se limita á decir, como si estuviese impedido para la defensa: «prolongar y sutilizar la discusión no contribuiría á esclarecerla sino á oscurecerla; que el Superior la estudie y resuelva con los elementos que existen en autos».

Mala causa que no conviene discutir y es como bloque de granito ese fallo de V. S. que provoca tan desacertada apelación.

V. S. consideró y resolvió las dos cuestiones jurídicas en que se excepcionó el reo:

a) que la Empresa del Puerto no es empresa comercial; b) que la draga «Uruguay II» no puede considerarse «buque», ni á su personal como «gente de mar».

Y V. S. para llegar al fallo apelado ha hecho un estudio de nuestra legislación comercial en lo pertinente al caso *sub judice*, robustecido con la doctrina y la jurisprudencia uniforme.

Todos y cada uno de los Considerandos de esa sentencia contienen los fundamentos sustanciales contra los que nada ha dicho *ni podido decir* el recurrente, pero bastarían los argumentos jurídicos expuestos en los Considerandos 1.º, 8.º y 10.º, para que otro litigante que no fuese la temeraria Empresa demandada, hubiera acatado desde luego ese fallo.

Sostiene la Empresa, al oponer sus excepciones, que como no era de carácter civil, no procedía la jurisdicción comercial, lo que motivó una réplica de f. 96 á f. 98 vta. y el primer Considerando del fallo de V. S. (fs. 109 á 111).

Pues bien, en el escrito en traslado, la Empresa canta ahora la palinodia y reconoce que siendo Empresa civil, puede en ciertos casos ser demandada ante la jurisdicción comercial, y en ello ocupa más de la mitad de su escrito de apelación.

Por lo que hace á la otra excepción: si la draga «Uruguay II» es, en el sentido legal, un buque, insiste el apelante en que no lo es, pero con una pobreza de argumentación que se limita á decir «que es un simple medio de construcción, un instrumento, una herramienta»!!!

Contra tan extraña y nimia afirmación contesta V. S., con razonamientos inquebrantables, y entre otras consideraciones se pueden citar por la lógica de sus valimientos los 8.º y 10.º que destruyen el sofisma malicioso del contrario cuando desconoce que la draga «Uruguay II» es un buque en el tecnicismo legal, y su tripulación «gente de mar», cuyos actos y contratos se rigen por la ley mercantil.

Y nada más dice el apelante porque nada ha podido decir frente á un fallo que es el resultado de un estudio ilustradísimo y reposado de la cuestión en litigio.

Por lo tanto, á V. S. suplico se sirva proveer en el sentido indicado, que es justicia.

Montevideo, marzo 20 de 1909.

F. G.

CARLOS E. LENZI.

Vista en segunda instancia la excepción sobre incompetencia de jurisdicción opuesta á f. 25 por la Empresa del Puerto de Montevideo, venida en grado de apelación

en relación por la interpuesta á f. 119 por dicha parte en contra del auto dictado á f. 106 por el señor Juez Letrado de Comercio de 2.º turno que no hace lugar á la excepción opuesta,—

Considerando: Que la cuestión debatida se concreta á debatir en esta instancia si la draga «Uruguay II» está asimilada al concepto jurídico de buque y sometida por lo tanto á la jurisdicción mercantil, desde que la calidad civil de la Empresa demandada ha quedado ampliamente demostrada;

Que la naturaleza civil de la Empresa, no excluye la ejecución de actos mercantiles, quedando sujetos á las controversias que ellos susciten, á las leyes y jurisdicción del comercio (artículo 6.º del Código de Comercio);

Que la draga «Uruguay II», aunque utilizada principalmente como maquinaria de la Empresa demandada para la extracción del barro del Puerto de Montevideo, es una construcción naval aparejada en el concepto general del buque para la navegación;

Que siendo esa construcción apta para la navegación y realizando diariamente viajes á varias millas del puerto para arrojar el barro extraído, está sometida al imperio de las ordenanzas marítimas para esos viajes en los cuales se practican servicios inherentes á la derrota de toda nave, y por lo tanto, la gente que los presta, ejecuta evidentemente funciones de gente de mar, con los deberes y derechos que esa calidad entraña (artículos 1074 y siguientes, 1159 y sus concordantes del Código de Comercio);

Que el hecho de no reputar viajes la salida diaria que la draga verifica, porque no obtiene el despacho respectivo y no se sujeta á inspección sanitaria para ello, no es admisible, porque el despacho y la inspección es únicamente requerida para las naves que están destinadas á otro puerto, pero no á las que hacen el tráfico ó se alejan á poca distancia del Puerto como sucede con la draga mencionada;

Que los remolcadores, vaporitos de transporte de pasajeros, dentro del Puerto no obtienen despacho ni sufren inspección, y sin embargo, no puede por eso decirse que no hacen viajes ni que en ellos la tripulación de mar no presta servicios marítimos;

Considerando: Que el uso como maquinaria de la draga citada, no excluye su condición de buque y su empleo también como tal, de manera que el demandante prestando servicios en este último destino, los prestó como marino, quedando por consiguiente ambas partes sometidas á las leyes mercantiles que regulan los derechos y obligaciones que resultan en la navegación,—

Por estos fundamentos y los concordantes de la resolución apelada, se confirma ésta con costas.

Devuélvase.

Martínez—Montero Paullier (discorde)—Piñeyro.

Jurisprudencia administrativa

La Junta Económico-Administrativa no puede negar el permiso para edificar en terrenos que, según la alineación fijada por el amanzanamiento oficial para el ensanche y regularización de las calles, deberán destinarse á vía pública, como tampoco imponer á los propietarios como condición del

permiso, el renunciar á toda indemnización por la parte del edificio que resulte mal alineada cuando se haga el ensanche.

Prohibir esa edificación sería desconocer el derecho de propiedad y consumir realmente la expropiación. La Junta deberá expropiar de inmediato el terreno, si no quiere verse más tarde obligada á pagar por indemnización el valor que pudiere tener el edificio afectado.

VISTA DEL SEÑOR FISCAL DE GOBIERNO

Fiscalía de Gobierno de 1.º Turno.

Excmo. Señor:

Los señores Vicente Borsani y hermano están haciendo un edificio en la Unión, calle 18 de Julio esquina Progreso, en un terreno de su propiedad, terreno que en una pequeña parte debe ser tomado para el ensanche que debe darse á la segunda de las expresadas calles, de acuerdo con el amanzamiento oficial de la mencionada villa.

Por esa causa y porque los prenombrados propietarios empezaron á construir sin haber obtenido previamente la alineación y el permiso correspondientes, la Junta mandó suspender la construcción, disponiendo á la vez que no podían continuarla sino á condición de que los dueños permitan poner en el título de la propiedad una nota por la cual conste que cuando la Municipalidad resuelva hacer el ensanche, ellos no tendrá derecho á indemnización por las obras que resultasen construídas fuera de la línea de la calle, (Resolución de 22 de mayo del corriente año, f. 8).

Los interesados reclamaron de esa resolución; y como la Junta no les hizo lugar, apelaron ante ese Ministerio. V. E. verá, á f. 12 y f. 27, expuestos los fundamentos de la reclamación y á f. 18 vuelta y siguientes los del desechamiento del reclamo.

El permiso para toda construcción es un requisito indispensable impuesto por el artículo 1.º de la ley de 8 de julio de 1885, y la falta de este requisito, en este caso, (f. 7 vuelta y f. 8) como en cualquier otro, da lugar á la suspensión de la obra según el artículo 34 de la misma ley.

Pero, ¿puede la Junta, obligada á velar por el cumplimiento de la servidumbre de alineación (artículo 7.º de la citada ley de 1885 y subinciso A del inciso 15 del artículo 12 de la ley de julio 10 de 1903), negarse á dar el permiso para la construcción á título de que parte del terreno (en un ancho de algo más de un metro) deberá ser ocupada por el ensanche de la calle cuando éste se haga? ¿Puede negar dicho permiso si los dueños no renuncian desde ya á toda indemnización por la parte de edificio que resulte mal alineada cuando se haga el ensanche?

Tratándose de *apertura de calles*, la cuestión ha sido resuelta negativamente repetidas veces (noviembre 10 de 1900, 20 de noviembre de 1906) y con todo acierto, porque la servidumbre de alineación, no pudiendo ser anterior á la existencia de la calle, no puede invocarse para la apertura de ésta, por manera que si la Junta no dispone de los terrenos necesarios para el establecimiento de la vía, no puede adquirirlas sino por compra ó por expropiación lisa y llana, pudiendo los propietarios disponer libremente de sus terrenos mientras aquellos actos no se verifican.

Pero la servidumbre de alineación se aplica precisa-

mente en los casos de *ensanche de calles* preexistentes, que es de lo que allí se trata, como se aplica también á los casos de rectificación de esas mismas calles, y entonces, ¿cuáles son sus efectos?

Tratándose de *terrenos edificados*, si la alineación se ha de aplicar de inmediato, no hay más medio de hacerla que expropiar ó comprar amistosamente las parcelas que hayan de ser incorporadas á la vía pública. Pero si esa aplicación inmediata no se juzgase necesaria ó resultase muy onerosa por aparejar la expropiación ó compra del terreno con la consiguiente indemnización por la destrucción parcial del edificio, entonces el efecto inmediato del plano de alineación, consiste en gravar el edificio con la servidumbre de *non confortandi*, en virtud de la cual no se pueden hacer en él obras confortativas, ó lo que es lo mismo, que aumenten su duración. De ese modo, cuando el edificio deba ser demolido por razón de su vetustez ó antes por haberlo resuelto el propietario, la administración puede expropiar *pagando sólo el valor del terreno*.

Por eso dice Aucoc: «Hay dos cosas en la alineación: es un medio de impedir que los propietarios ribereños invadan con sus construcciones el suelo de la vía pública; y es también un medio económico de rectificar, de ensanchar las vías estrechas y de regularizar su trazado; en este segundo sentido, la alineación constituye una especie de expropiación á plazo complicado con una servidumbre». (Conferencias, tomo III, pág. 1029).

Pero ¿cuáles son los efectos de la alineación tratándose de terrenos *sin edificio*, como ocurre en el presente caso?

La respuesta fluye de lo que ya queda dicho.

La alineación, como medio de conseguir una expropiación económica, es decir, limitada al valor del suelo, no tiene razón de ser en ese caso, porque el objeto está ya conseguido, desde que se trata de un terreno libre, que es lo que se quiere adquirir, y entonces lo único que cabe es comprar ó expropiar ese terreno. Por eso se ve que todos los tratadistas enseñan que la alineación oficial produce el efecto de *incorporar al dominio público los terrenos sin construcción*.

«Los planos generales de alineación, dice Courcelle, producen efectos diferentes, según que se trate de aplicarlos á terrenos que estén edificados ó á los que no lo estén.

«En el primer caso, las parcelas comprendidas dentro de las líneas del plano se encuentran por ese hecho *incorporadas á la vía*, salvo indemnización. El plano reviste así los caracteres de un *acto de expropiación*; la administración no tiene que entenderse con cada uno de los propietarios para obtener de ellos una cesión amigable, ni tampoco tiene que dirigirse al Tribunal para que decrete la *expropiación forzosa*» (Traité de la Voirie, pág. 164).

Lo mismo expresan Aucoc, (Conferencias, tomo III, pág. 1063); Trabbie (Traité du Droit Administratif, tomo VI, pág. 37, etc.), Courcelle hace notar en seguida que la jurisprudencia del Consejo de Estado, y la de la Corte de Casación han vacilado sobre si el efecto que se acababa de indicar se produce por la alineación individual que se da al propietario que va edificar, ó si basta el solo hecho de aprobarse el plan general. Pero como quiera que se opine á ese respecto, siempre resulta que, por lo menos, la alineación individual importa privar al propietario de la parcela que debe ser incorporada á la vía pública, y por lo mismo importa también consumir un acto de expropiación. Y no puede ser de otro modo. Imponerle á un propietario la alineación, ó, lo que es igual, prohibirle que edifique en parte de su terreno á título de que

debe destinarse á calle, es prohibirle que use de esa parte de su propiedad, y prohibirle el uso, es privarle de la propiedad misma, puesto que no se concibe ésta sin aquél; es, en fin, consumir realmente la expropiación, por más que ésta quiera enmascararse con palabras que nada significan ante la materialidad de los hechos. Y no hay para qué agregar que el acto de la expropiación impone la obligación de indemnizar, que establecen para tales casos todas las legislaciones, incluso la nuestra, en el artículo 144 de la Constitución y el 445 del Código Civil.

Tal es, en lo fundamental, la doctrina seguida por los tratadistas, la jurisprudencia y las legislaciones en cuanto á la servidumbre de la referencia, cuando el terreno no soporta edificio, que es como debe considerarse el caso en vista.

Y debe considerarse así, porque tal era el estado del terreno cuando los interesados debieron solicitar las líneas y el permiso para edificar.—El hecho de que hayan empezado la construcción *sin haber llenado aquel requisito previo, constituye un acto ilícito, penado por el artículo 37 de la ley de construcciones*, y que por lo tanto no puede ser tomado en cuenta para acordarles beneficio ni derecho alguno á los infractores.

Con arreglo á estos antecedentes, es obvio que la Junta puede imponer á los señores Borsani hermanos la alineación fijada por el amanzamiento oficial, y expropiarles, en consecuencia, la parcela necesaria para el ensanche de la calle Progreso, *prescindiendo por completo del edificio indebidamente comenzado*.—Y si eso puede hacerlo ahora, podrá hacerlo en cualquier tiempo, si, como lo ha hecho en la resolución reclamada de f., permite llevar adelante las obras á condición de que los interesados declaren expresamente que cuando se efectúe la expropiación no tendrán nada que reclamar por la parte del edificio que se suprima ni por los perjuicios que sufra el resto.

No haciendo los interesados esa declaración y atribuyéndose, por el contrario, el derecho de ser indemnizados por el terreno y el edificio, la Junta, no pudiendo negar en absoluto el permiso para edificar, no tiene más camino que imponer la línea expropiando el sobrante, ó prescindir de la línea hasta que pueda ó quiera expropiar y dejar entre tanto que los propietarios edifiquen en el límite de su terreno. Tal es la opinión de este Ministerio. V. E., no obstante, resolverá.

Montevideo, diciembre 11 de 1908.

Luis Varela.

RESOLUCIÓN DEL PODER EJECUTIVO

Ministerio del Interior.

Vistos: En apelación este expediente elevado por la Junta Económico-Administrativa de la Capital en virtud del recurso interpuesto por los señores Vicente Borsani y hermano, contra la resolución de dicha corporación de fecha 22 de mayo del año próximo pasado, relativa al permiso concedido á aquéllos para construir un edificio en terreno de su propiedad ubicado en la calle 18 de Julio esquina Progreso (Unión);

Considerando: 1.º que de este expediente resulta comprobado: A) Que la Junta concedió á los apelantes el permiso solicitado por éstos para construir un edificio en el terreno mencionado, estableciendo que debían emplazar-

lo, en su frente á la calle Progreso, á una distancia de 17 metros de la línea de las propiedades del frente en el costado Oeste; B) Que los peticionarios, ya sea por error como lo afirman, ya sea porque empezaron á construir antes de concedérseles el permiso, según lo manifiesta la Sección Departamental de la Dirección de Obras Municipales, han realizado parte de la construcción dentro de su terreno, pero fuera de la línea que se les dió de acuerdo con el trazado del amanzamiento oficial, es decir, entre el límite de la calle Progreso sobre su propiedad y la paralela establecida por el amanzamiento para ampliar dicha calle á fin de que tenga el ancho de diez y siete metros; C) Que la Junta mandó suspender las obras, una vez que tuvo conocimiento del hecho mencionado, resolviendo posteriormente que, en vista de los grandes perjuicios que se originarían con la demolición de la parte de edificio que indebidamente se había emplazado en terreno destinado á calle pública y de que el espacio que quedaba libre era suficiente para las necesidades del tránsito, se consintiera la continuación de las obras, siempre que en el título de propiedad se pusiera constancia de que no se tendría derecho á indemnización alguna por la construida fuera de la línea de la calle, resolución que dió motivo al recurso deducido por señores Borsani y hermano; 2.º Que la cuestión contenciosa promovida se reduce á saber si la Junta, obligada á velar por la servidumbre de alineación, puede legalmente autorizar la continuación de la obra de Borsani y hermano, con la condición de que éstos renuncien á la indemnización que correspondería en otro caso por el edificio cuando se resolviera á expropiarle la faja de terreno destinada á ensanchar de la calle Progreso y tomada por aquéllos con su edificación, no obstante habérseles dado la línea, ó en caso que los propietarios no acepten la condición que se les impone, ordenar la demolición de la obra y proceder á la expropiación del terreno; y que planteado el punto en estos términos, es incuestionable que no son aplicables por analogía, como lo sostienen los recurrentes, los fundamentos que han servido de base á las resoluciones dictadas por el Gobierno con fecha 10 de noviembre de 1900, 20 de noviembre de 1906 y 29 de abril de 1907, en las cuales se trataba de la apertura de calles, mientras que en el presente caso, la calle ya está abierta al servicio público; 3.º Que siendo una de las atribuciones de las Juntas Económico-Administrativas velar por el respeto de las servidumbres de alineación (ley 8 de julio de 1885, artículo 7.º, y ley 10 de julio de 1903 artículo 12, inciso 15, subinciso A), es indispensable, para resolver el caso cuestionado, determinar el concepto de dicha servidumbre, así como los efectos que produce respecto de los predios que sufran el gravamen; 4.º Que no pudiendo hacerse la mencionada determinación atendiendo á las palabras y al espíritu de las disposiciones legales mencionadas, hay que recurrir al criterio de interpretación á que se refiere el artículo 16 del Código Civil, es decir, á los principios de derecho y á las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso; 5.º Que por alineación se entiende la delimitación entre las vías públicas y las propiedades privadas, estableciéndose así la línea sobre la cual los propietarios limitrofos pueden construir (Bathie, «Droit Pub. et Adm.», tomo 6.º, número 23); (Seibre et Carteret, «Encicl. du Droit», v.º *Alignement*, p. 337);—y que sus efectos son los siguientes: tratándose de terrenos edificados, «la alineación constituye una verdadera expropiación á término incierto, complicada con una servidumbre»; en casos que no existan construcciones, «las parcelas comprendidas dentro de las líneas del plan de amanzamiento se encuentran inme-

diatamente incorporadas á la vía pública, sin perjuicio de la indemnización correspondiente». (Fuzier-Herman, «Rep. gen. du. droit, français», v.º *Alignement*, números 2, 195 y 183), conclusiones á las cuales llega también en la precedente vista el señor Fiscal de Gobierno de 1.º Turno de acuerdo con las citas doctrinales que invoca y que lo llevan á expedirse en el sentido de que la Junta Económico-Administrativa de la Capital, en el caso concreto examinado, puede proceder á la expropiación de las parcelas necesarias para el ensanche de la calle Progreso, prescindiendo por su indemnización por completo del edificio indebidamente comenzado y pudiendo realizar aquélla ahora y en cualquier tiempo desde que la alineación priva al propietario de la faja de terreno que debe ser incorporada á la vía pública; 6.º Que aun cuando en el caso *sub iudice* se trata de un terreno no edificado, puesto que los señores Borsani y hermano han construido parte del edificio en terreno destinado á calle pública, sin obtener el permiso correspondiente, ó por error después que lo obtuvieron, incurriendo en la sanción prevista por el artículo 37 de la ley 8 de julio de 1885, las conclusiones doctrinales del considerando precedente deben serle aplicadas, pero tratándose de atenuar el rigor excesivo de tal servidumbre, conciliando al mismo tiempo el interés general con el respeto de la propiedad privada, que es la posición intermedia que ha conservado la jurisprudencia francesa, italiana y belga, sobre dicho punto (F. Bufalini, Digesto italiano, volumen 20, *Alineamento*, número 7), y que se impone además por no estar reglamentada legalmente dicha servidumbre en nuestro derecho, porque corresponde á la Junta resolver los conflictos entre la propiedad privada y las exigencias del servicio público, en todo lo relativo á la vía de comunicación, de acuerdo con las leyes vigentes (Ley Orgánica, artículo 12, inciso 15, subinciso B), y á fin de que los principios que rigen la expropiación por causa de utilidad pública (Constitución, artículo 144; Código Civil, artículos 445 y siguientes), no sean de hecho derogados, aparte de que la crítica doctrinaria se manifiesta en contra de la servidumbre mencionada con la extensión que se le ha querido dar (véase Fuzier-Herman, opinión citada, tomo 3.º, v.º *Alignement*, números 4 y siguientes);

Por estos fundamentos y atento al contenido de la precedente vista de la Fiscalía de Gobierno de 1.º Turno,

SE RESUELVE:

1.º Declarar que los señores Borsani y hermano han incurrido en la infracción prevista por el artículo 37 de la ley 8 de octubre de 1885, debiendo en consecuencia demolerse la parte de las obras emplazadas en la parcela de su propiedad destinada al ensanche de la calle Progreso (Unión), según el plano de amanzanamiento oficial;

2.º Que dichos señores no pueden ser privados administrativamente de la parcela á que se ha hecho referencia, debiendo por tanto procederse de inmediato á su expropiación por la vía judicial y de acuerdo con las disposiciones pertinentes, no comprendiéndose en la indemnización los perjuicios que sufran por la demolición parcial de las obras, ya que á ellos solos les son imputables;

3.º Que lo prescripto en los artículos precedentes debe entenderse sin perjuicio del caso en que los apelantes se avengan á lo establecido por la Junta en la resolución apelada, como temperamento conciliatorio, que pueda favorecerlos y no perjudica á los intereses de la vialidad pública;

4.º Que se comunique, inserte y publique con la vista

fiscal; y vuelva á la Intendencia de la Capital para su conocimiento y demás efectos.

Montevideo, marzo 29 de 1909.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Jurisprudencia extranjera

Los derechos del locatario

A Mr. Daniel Massé, ex Juez de Paz en Nogent-sur-Marne (Francia), un reciente juicio sobre el derecho del locatario para fijar ó clavar sus cuadros en las paredes, le hizo conocer. Su última sentencia va á volverle de pronto célebre.

Un locatario demanda á su propietario ante la justicia por lo que se llama galantemente «perturbaciones en el goce», ó dicho de otro modo, humedad de los locales, humos incómodos, etc.—Durante meses y meses, se han diferido las reparaciones necesarias. Al fin, cansado el ocupante del local, ha formulado la demanda por daños y perjuicios. ¡Cuántos ha tenido, y con qué considerandos!...

«Considerando: que la ley acuerda automáticamente al propietario el medio riguroso de obligar al locatario á cumplir, sin descuidar, la obligación de pagar su alquiler;—que, por otra parte, el locatario no beneficia de ningún favor equivalente, de suerte que si el propietario no llena sus obligaciones, el locatario, cuyo goce debería ser inmediato, no tiene ningún medio expeditivo de que echar mano; que estas desigualdades implican para los propietarios de este modo privilegiados, el deber estricto de satisfacer á sus obligaciones;—los mencionados propietarios incurrir en una responsabilidad tanto más grave, cuanto que ellos están mejor protegidos por la ley».

Mr. Daniel Massé se ha sorprendido del ruido que se ha hecho alrededor de sus considerandos. Ha querido, en consecuencia, desenvolvarlos en «*Le Matin*»:

«Suponed dos personas ligadas por un contrato de arrendamiento, que confiriere á cada una ventajas equivalentes: á una le corresponde pagar el alquiler, la otra recibe la cosa como equivalente.

«Si las obligaciones recíprocas se cumplen, no hay cuestión. Tranquilidad y felicidad en toda la línea. De lo contrario, tenemos la guerra. Dos casos: ó el locatario no paga su alquiler, ó el propietario no entrega ó no mantiene la cosa en el estado conveniente para su uso.

«Primer caso: Alguacil. —Orden de pagar en 24 horas.—Embargo. —Venta, realizada la cual el propietario percibe el alquiler y lo que pueda recaer mientras no se realice una nueva locación.

«Segundo caso: El propietario falta á sus obligaciones: grietas en los muros, peligros de asfixia, humedad, vegetación, salud comprometida.—¡Qué importa todo esto!—Es menester pagar el alquiler, después esperar la lejana terminación del proceso.

«Si el propietario, lo que no es raro, huye entretanto, el arriendo termina sin que el locatario haya gozado un solo día pacíficamente lo que ha alquilado.

«Esta situación, la estimó inicua.—Los derechos del propietario constituyen, á mi entender, un privilegio exor-

bitante del derecho común. Un principio se desconoce: el de la ley igual para todos.—Los rutinarios del procedimiento no descifran del Código más que la letra muerta. Ahora bien: en materia de locación, toda ventaja debe tener su compensación, y es por parte del propietario que se comete una grave falta, cuando no cumple con sus obligaciones, precisamente porque él es el protegido por la ley.—Comete un fraude sobre la calidad de la mercadería, un cuasi delito civil. Es por este delito, que se añade al perjuicio material, que debe pagar al locatario los daños que yo he hecho intervenir en mi juicio.

Tales son los argumentos de Mr. Massé.

CRÓNICA

Legislación obrera en Inglaterra

Una de las leyes más importantes dictadas por el Parlamento inglés en estos últimos meses, es la que fija en ocho horas la duración del trabajo en las minas de carbón del reino. Es esta una de las muchas disposiciones legislativas que han contribuido á engrosar la serie, ya numerosa, de leyes sociales y obreras que la Inglaterra ha creído conveniente adoptar, siguiendo el ejemplo dado por otros países europeos.

Aunque hubo en la Cámara de los Comunes viva oposición á esta ley por parte de los liberales y de los unionistas, que alegaban contra ella la posible suba del precio del carbón, como consecuencia de la reducción del horario de trabajo, lo que sería evidentemente perjudicial á los intereses generales del público, la mayoría, sin embargo, se inclinó á la adopción del proyecto,—por cuanto se consideraron exageradas las apreciaciones que se hacían sobre el aumento del precio del mineral y porque esta ley vendría á mejorar notablemente la situación verdaderamente deplorable por que atravesaban los mineros sometidos á un trabajo rudo durante largas horas.

La adopción de esta ley, ha venido á poner feliz término á los pedidos insistentes que los «Trade Unions» habían elevado en este sentido desde hacía muchos años.

En el interés de los obreros, los Lores modificaron la ley, determinando que no se contaría en las ocho horas, el tiempo que los obreros pierden en descender á la mina y subir de ella, porque de lo contrario, era incitar á las empresas ó compañías á tratar de reducir lo más posible estas operaciones, con grave peligro y riesgo de la vida misma de los obreros.

—La grave cuestión de los obreros sin trabajo ha preocupado intensamente al gobierno inglés. La crisis americana agravó aún más la situación, muy poco satisfactoria, del mercado del trabajo, hasta el punto que las estadísticas de los «Trade Unions» han señalado una importante y anormal proporción de gentes sin trabajo. El gobierno inglés se ocupó de dar ubicación á este considerable número de brazos desocupados, peligrosos siempre, y determinó que la Armada enrolase 24,000 reclutas por un período de instrucción de 6 meses, que el Almirantazgo emplease en trabajos de reparación 2,100 hombres, y decidió además aumentar hasta la suma de 1,500,000 pesos el fondo central destinado al sostenimiento de los desocupados, facilitando también las severas reglas que regían para su distribución.

Programa del VIII Congreso Penitenciario Internacional

Traducimos para los lectores de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, el programa oficial del VIII Congreso Penitenciario Internacional á celebrarse en la ciudad de Washington, en el próximo año de 1910, y en el que se proponen cuestiones de suma importancia y de grandísimo interés que deberán ser resueltas por el Congreso:

SECCIÓN I.—LEGISLACIÓN PENAL.—*Primera cuestión.*—Suponiendo que exista una relación racional del principio de las sentencias de duración indeterminada con los principios fundamentales de la jurisprudencia criminal:

a) ¿Qué categoría de delinquentes podría ser sometida á la aplicación de las sentencias á duración indeterminada; ó bien qué categoría de delinquentes podría ser excluida de dicha aplicación?

b) ¿Cómo podría, sin peligro para la libertad individual, aplicarse una sentencia de este género sin límite mínimo ni máximo?

Suponiendo que no se admite una relación racional del principio de las sentencias á duración indeterminada con los principios fundamentales de la jurisprudencia criminal, ¿deberá hacerse seguir á la pena determinada, respecto del individuo, una restricción ulterior á título de complemento penal, y si se resuelve así, en qué caso y en qué momento?

Segunda cuestión.—¿Se puede dar efecto á las sentencias penales pronunciadas por los tribunales extranjeros, especialmente desde el punto de vista de la reincidencia, de las incapacidades, etc.? ¿Y de qué manera?

Tercera cuestión.—¿No se podría, para combatir la tendencia de los criminales á asociarse, erigir en delito distinto toda participación ó acuerdo criminal, ó por lo menos, hacer de la complicidad una circunstancia agravante?

Cuarta cuestión.—¿Cuál es el rol de la pena de muerte en los diferentes países? (cuestión con el carácter de investigación).

SECCIÓN II.—CUESTIONES PENITENCIARIAS.—*Primera cuestión.*—¿Cuáles son los principios esenciales y el método racional sobre los cuales se debe basar el sistema penitenciario reformador moderno, y si se debe, en la aplicación de este sistema, fijar un límite de edad, ó admitir otra clasificación cualquiera? En caso afirmativo, ¿cuáles serían estos límites?

Particularmente, ¿no es necesario admitir el principio de un tratamiento especial para los adolescentes criminales y aún reincidentes (de 16 á 21 ó 23 años), dada la plasticidad reconocida de esta edad y la posibilidad de curar por métodos especiales, físicos, morales é intelectuales, los instintos perversos de los jóvenes detenidos? En estos casos, ¿no es conveniente dar á los tribunales el poder de infligir una pena especial, cuya característica sería:

a) tener una duración suficientemente larga para permitir la aplicación más completa de todos los medios de mejoramiento;

b) admitir el libre ejercicio de la liberación condicional.

Segunda cuestión.—¿Qué mejoras podrían ser introducidas en el sistema, admitido por algunas legislaciones, de la liberación condicional (anotaciones, «tickets» de buena conducta, prolongación del tiempo de revocabilidad, modo de vigilancia, etc.)?

Tercera cuestión.—¿Cuáles serían los medios de asegurar un trabajo efectivo y permanente á los detenidos en las prisiones pequeñas?

SECCIÓN III.—MEDIOS PREVENTIVOS.—Primera cuestión.—¿Cuáles son los efectos producidos sobre la criminalidad por las medidas legislativas, tomadas en diferentes Estados (leyes de condenación condicional, «probation», etc.), para evitar la necesidad de una prisión, especialmente respecto de una primera condenación, teniendo en cuenta la edad, el carácter y los antecedentes del prevenido, y si es de desearse que se dé una mayor extensión á la aplicación de estas leyes ó de leyes similares?

Segunda cuestión.—¿Cuáles son las disposiciones á tomar en vista de la represión de la vagancia y la mendicidad, colocándose desde el punto de vista de la tendencia criminalista moderna? ¿Qué reglas deben ser adoptadas para la organización de las casas de trabajo para mendigos y vagos?

Tercera cuestión.—¿De qué manera podría aliviarse en todo lo posible la difícil situación económica que resulta para las familias, de la prisión de sus jefes, organizando y aplicando mejor el tratamiento correccional de estos últimos?

Cuarta cuestión.—¿La experiencia durante más de diez años hecha en ciertos países de establecimientos especiales con detención de larga duración (2 ó 3 años) para ebrios criminales, y aún para reincidentes, ha tenido éxito ó no?

¿Es necesario completar el tratamiento especial penitenciario de estos establecimientos por tratamientos médicos especiales?

SECCIÓN IV.—CUESTIONES RELATIVAS Á LA INFANCIA Y Á LOS MENORES.—Primera cuestión.—¿Los jóvenes delincuentes deben estar sometidos al procedimiento aplicado á los adultos? Si se responde negativamente, ¿cuáles son los principios que deben regir el procedimiento aplicado á los niños adolescentes?

Segunda cuestión.—¿Se debe crear establecimientos especiales para menores anormales (débiles de espíritu, etc.) que manifiestan tendencias morales peligrosas?

Tercera cuestión.—¿Cuáles son las medidas que deben tomarse para combatir la ociosidad y la vagancia de los menores en las grandes ciudades?

Cuarta cuestión.—¿Conviene tomar medidas especiales de protección respecto de los menores nacidos fuera de matrimonio, y cuáles podrían ser estas medidas?

Cuestión de investigación.—Reglas seguras y que deben seguirse en la construcción y en la instalación de los establecimientos penitenciarios modernos.

Revistas jurídicas

Hemos recibido las siguientes revistas:

ARGENTINA.—«Revista jurídica y de ciencias sociales».—Año 26, números 1, 2 y 3.—Enero, febrero y marzo de 1909.—Buenos Aires.

«Revista del Notariado».—Año 12, número 138.—Abril de 1909.—Buenos Aires.

«Patentes y marcas».—Revista sudamericana de la propiedad intelectual é industrial.—Año X, número 3.—Abril de 1909.—Buenos Aires.

ALEMANIA.—«Revista de Jurisprudencia y Economía Política comparadas».—Año 1.º, número 1.—Abril de 1909.—Berlín.

BRASIL.—«Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal».—Tomo XI, número 2.—Febrero de 1909.—Río de Janeiro.

«Revista de Direito do Paraná».—Tomo 1.º, número 2.—Marzo y abril de 1909.—Curitiba—Paraná.

CUBA.—«Revista de Estudiantes de Derecho».—Año II, número 3.—Marzo de 1909.—Habana.

CHILE.—«Revista de Derecho y Jurisprudencia».—Año V, número 10.—Septiembre de 1908.—Santiago de Chile.

ESPAÑA.—«Revista General de Legislación y Jurisprudencia».—Año 57, tomo 114.—Enero y febrero de 1909.—Madrid.

«Revista de los Tribunales».—Año 34, números 12 y 13.—Marzo de 1909.—Madrid.

«Estudios de Deusto».—Año 5.º, número 19.—Marzo de 1909.—Bilbao.

ESTADOS UNIDOS.—«Political Science Quarterly».—Volumen 24, número 1.—Marzo de 1909.—Boston.

FRANCIA.—«Bulletin mensuel de la Société de Legislation Comparée».—Año 40, número 2.—Febrero de 1909.—París.

ITALIA.—«Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza».—Vol. LXIX, fasc. IV.—Abril de 1909.—Roma.

«Rivista di Diritto Penale e Sociologia Criminale».—Año IX, fascs. 10, 11 y 12.—Octubre, noviembre y diciembre de 1908.—Pisa.

«Rivista Internazionale di scienze sociali e discipline ausiliare».—Año XVII, vol. 49 y 50.—Febrero y marzo de 1909.—Roma.

«La Giustizia penale».—Año 15, número 15.—Abril de 1909.—Roma.

URUGUAY.—«El Escribano moderno».—Año 1.º, número 17.—Mayo 15 de 1909.—Montevideo.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 18.—AÑO XV

DEL DAÑO SUFRIDO EN SERVICIO DE OTRO, por el doctor Georges Deleux, pág. 273.

JURISPRUDENCIA:

La introducción de ganados en un campo por la persona que ha realizado construcciones en él, que han dado origen á que se le aga un juicio por obra nueva, introducción efectuada con posterioridad á la intimación de suspensión de la obra, no puede en manera alguna considerarse como obra nueva y ordenar, por consiguiente, su retiro.

Contra el hecho de la introducción de ganados puede accionarse ejerciendo los interdictos posesorios, pero no con el juicio de obra nueva que la ley reserva para casos extraordinarios que no pueden ampliarse por analogía, pág. 279.

—Son competentes los Juzgados de Comercio para entender en cuestiones que afectan á la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo y que se refieren á los barcos empleados por la misma, como ser las dragas y otros semejantes.

La Empresa Constructora del Puerto, si bien es una sociedad de carácter civil por su objeto, puede, no obstante, ejercer actos comerciales y quedar sometida por ello, á la jurisdicción comercial.

Las embarcaciones empleadas por la Empresa entran dentro de la calificación legal de buques que es de comprensión general, como lo demuestran los artículos 1031, inciso 2.º, y 1080 de dicho Código, no pudiendo alegarse que el objeto especial para que han sido construidas, les quite su carácter de buques, regidos por las leyes comerciales, pág. 279.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

La Junta Económico-Administrativa no puede negar el permiso para edificar en terrenos que, según la alineación fijada por el amanzanamiento oficial para el ensanche y regularización de las calles, deberán destinarse á vía pública, como tampoco imponer á los propietarios como condición del permiso, el renunciar á toda indemnización por la parte del edificio que resulte inutil alzado cuando se haga el ensanche.

Prohibir esa edificación sería desconocer el derecho de propiedad y consumir realmente la expropiación. La Junta deberá expropiar de inmediato el terreno si no quiere verse más tarde obligada á pagar por indemnización el valor que pudiere tener el edificio afectado, pág. 284.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

Los derechos del locatario, pág. 286.

CRÓICA:

Legislación obrera en Inglaterra, pág. 287.

Programa del VIII Congreso Penitenciario Internacional, pág. 287.

REVISTAS JURÍDICAS, pág. 288.

LA REVISTA

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardoso Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escudé, Federico.
» Escudé, Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaudi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernía, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianná, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Saráchaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimoso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE ABRIL DE 1909

NUMERO 19

Del daño sufrido en servicio de otro ^(a)

POR M. GEORGES DEREUX

Director en derecho (ciencias jurídicas y económicas), juez suplente en el Tribunal civil de Laon, (Francia)

(Conclusión)

Estos signos de gratitud, lejos de desnaturalizar el servicio, hacen más sensible su carácter. Una recompensa dada ó prometida no se repula nunca, en este contrato, sino como una indemnización; no es un beneficio; no hace cambiar, pues, la naturaleza del mandato ⁽³³⁾. Y más lejos, explicando cómo el mandante debe reembolsar al mandatario todos sus gastos y pérdidas, el mismo tribuno dice todavía: «La justicia y el reconocimiento imponen igualmente este deber al comitente. Para él, en su solo beneficio se ha tratado el negocio. Debe siempre soportar los cambios del azar, á que están más ó menos expuestas todas las transacciones sociales». ⁽³⁴⁾

(a) Véase el número anterior.

(33) *Ibid.*, p. 245. (Sesión del Tribunalado, de 16 ventoso, año XII).

(34) *Ibid.*, p. 255.

Por último, el tribuno Bertrand de Greuille, presentando oficialmente el voto de adopción en el Cuerpo Legislativo, decía: «El mandato es un cambio de confianza y de beneficencia que ha tenido lugar entre los dos contratantes: es, pues, gratuito por su naturaleza. El proyecto reconocía formalmente este principio y no encontraría sin duda que altera su esencia permitiendo estipular á favor del mandatario algunos testimonios de benevolencia... y cuando la afección es todavía la causa primera y determinante del buen oficio que consiente en prestar, ¿se quisiera humillar su persona, degradar sus servicios colocándolos en la clase de los que se reciben de los mercenarios y de otros asalariados?». ⁽³⁵⁾

Así todos estos discursos reflejan el mismo pensamiento, y se buscaría en vano en todos los trabajos preparatorios una nota discordante. ¿Se puede, después de esto, sostener que, en los textos en cuestión, los autores del Código han querido reglamentar el mandato celebrado en interés de ambas partes, aquel en que las dos buscan un beneficio, por ejemplo el mandato que da el cliente á un abogado? No, ciertamente, porque muchos litigantes harían pronto observar que sus abogados les exigen algo más que «algunos testimonios de benevolencia».

Como lo hemos visto afirmar por el tribuno Tarrible, las disposiciones del Código Civil son relativas al caso

(35) *Ibid.*, p. 259.

en que «el negocio ha sido tratado en el solo beneficio del comitente». No pueden, pues, aplicarse á otros casos sino por analogía; pero allí donde cesa la analogía, es decir, siempre que no nos es indiferente para la razón que el mandatario haya perseguido un beneficio personal, hay que volver á los principios generales del Código Civil, y por tanto al artículo 1135.

Ahora, ¿qué nos dice este artículo? ¿Qué exige la idea de «equidad» á que nos remite? Repetiremos, como hace un momento en materia de arrendamiento de servicios:

Si el contrato se celebra en interés de ambas partes, es justo que se reparta el riesgo corrido por el asalariado; la repartición, cuando no haya razón para decidirla de otra manera, se hará por mitad; pero ante todo, que el juez se inspire en las circunstancias.

En resumen, la distinción tradicional (indemnización total en caso de mandato, ninguna en caso de arrendamiento de servicios) nos parece que debe reemplazarse por otra. Si la persona que ha prestado el servicio no perseguía ningún beneficio para ella misma, admitimos la indemnización total. ¿Perseguida un beneficio? Le acordamos una indemnización parcial, que será en principio de la mitad, pero que variará según las circunstancias. Tal es la solución que nos parecen dictar la ley y la equidad.

V

Pero ¿quién puede hablar de la equidad? se dice á menudo; nuestra equidad no es generalmente la de nuestro vecino; cada juez tiene la suya.—Responderemos que el juez no debe en sus decisiones, dejarse arrastrar por sus conceptos personales, sino que, funcionario público, debe sujetarse á la opinión pública. Su conciencia no debe separarse de la sociedad en que vive. Y he aquí por qué, antes de terminar este estudio, deseáramos probar el acuerdo de nuestra teoría con las aspiraciones del espíritu social contemporáneo.

Hemos citado ya incidentalmente algunas frases de eminentes autores de nuestro tiempo que, creyéndose ligados por la ley á la doctrina tradicional, no dejan de lamentarlo. ¿En nombre de qué? Es que nuestro concepto de la equidad no nos es particular. Otros á nuestro alrededor, y que no son los primeros venidos, parecen participar de él.

Pero lo que es más significativo todavía, es la marcha progresiva de nuestra legislación. Hemos visto en primer lugar que la ley de 9 de abril de 1898 aplica muy ampliamente en la industria el principio de la repartición del riesgo profesional. Después la ley de 30 de junio de 1899 lo ha introducido, pero con muchas reservas, en la agricultura. La ley de 12 de abril de 1906 lo ha extendido sin restricción á las empresas comerciales. En la Cámara de Diputados existe actualmente un proyecto de ley relativo á la aplicación del mismo principio, de la manera más amplia, á la agricultura. Por último, según los términos de la ley de 18 de julio de 1907, artículo 1.º, todo patrón no sujeto á la legislación de los accidentes del trabajo puede voluntariamente someterse á ella. Y lo que hoy es simplemente permitido, podrá ser ordenado mañana.

Pero entonces, se nos dirá, nuestra teoría que se dice jurídica se anticipa á la ley, y por consiguiente la viola; porque aplica textos nuevos allí donde el legislador no se atreve todavía á hacerlos aplicables. Responderemos: las leyes que acabamos de recordar contienen un conjunto de principios excepcionales; avaluación alzada de la indemnización debida; separación de los principios

generales de la responsabilidad en caso de culpa; procedimiento especial; posibilidad durante tres años de una revisión de los acuerdos celebrados, etc. Ahora bien, mientras el legislador no lo ha ordenado, nos guardamos bien de querer aplicar estos principios á todos los contratos de arrendamientos de servicios y de mandato. Tomamos simplemente el principio de la repartición del riesgo profesional, y sin erigirlo en regla absoluta, pedimos al juez, en los casos en que lo exige la equidad, que reparta entre los contratantes la pérdida fortuita sufrida por uno de ellos. De esta suerte, comparando las decisiones judiciales relativas á materias análogas, se encontrará en ellas, no la uniformidad, sino una cierta armonía; y la ciencia jurídica, sin adelantarse á la letra de las leyes contemporáneas, dejará de hallarse en retardo respecto á su espíritu.

Un último hecho parece que demuestra que estamos de acuerdo con la opinión pública: es que en suma los tribunales, bajo la presión del sentimiento de la justicia, aplican á menudo nuestra teoría; sólo que prefieren no decirlo: les gusta más abrigar su audacia tras las fórmulas tradicionales. Hay, en efecto, ciertos medios gracias á los cuales puede deducirse de estas fórmulas lo que se quiera, y aún soluciones equitativas.

Hemos hecho alusión á las convenciones tácitas ficticias de que hacen tanto uso ciertos juristas. Otro camino, más usado en nuestra materia, es el que consiste en hallar siempre culpables á los patrones cuyos servidores han sufrido algún accidente; se aplican entonces los artículos 1382 y siguientes, que dejan al juez en libertad para otorgar la indemnización que quiere.

Así, un sirviente conducía, como de costumbre, un caballo de su patrón; un perro se precipita con latridos furiosos sobre este caballo, que se espanta, arroja al suelo al sirviente y lo hiere. Había, parece, un caso fortuito muy caracterizado; y tal había sido la opinión de los jueces del fondo: el dueño del caballo no había cometido manifestamente ninguna culpa. Pero esta opinión, combinada con la doctrina tradicional, conducía fatalmente á negar á la víctima toda indemnización. La Corte Suprema se ha chocado sin duda con esta solución incómoda, y declarando que «el caso fortuito ó de fuerza mayor» no estaba suficientemente establecido con las constataciones de hecho recordadas, anuló la decisión de los jueces del fondo (36).

Por otra parte, y á la inversa, los tribunales están lejos de acordar al mandatario asalariado una indemnización íntegra. A menudo, pretendiendo aplicar el artículo 2000, conceden al que lo invoca una suma de dinero

(36) Cas., 29 mayo 1902, S. 1902, I, 310. Leemos en la nota relativa á esta sentencia: «La Corte de Casación ha considerado que al decir que «todos los hechos articulados no eran demostrativos de la culpa del propietario», y al agregar que «si el caballo se espantó, fué á causa de un perro que se lanzó sobre él», la Corte de Apelaciones no se había explicado de una manera suficientemente precisa sobre las circunstancias que habían podido constituir un caso fortuito ó de fuerza mayor.» Cfr. en el mismo sentido, Cas., 2 julio 1902, S. 1902, I, 448.

Notemos que la Corte Suprema parece tener una jurisprudencia muy diferente cuando la víctima del accidente no está al servicio del propietario del animal. Así ha resuelto que el propietario no es responsable del accidente causado por su caballo, cuando este caballo, por lo demás no vicioso y conducido á la marcha ordinaria, se ha espantado por el paso inesperado de un tren sobre un puente metálico de ferrocarril, en la proximidad del camino, y se ha lanzado con una fuerza irresistible. En este caso ninguna culpa es imputable al dueño del caballo, y el accidente sobrevenido es la consecuencia de un caso de fuerza mayor. (Cas., 19 agosto 1878, S. 80, I, 462; D. 79, I, 205).

muy inferior á la que sería necesaria para reparar íntegramente el perjuicio sufrido. Examinemos, por ejemplo, una sentencia reciente de la Corte de París, que ya hemos citado: habiendo muerto en el ejercicio de sus funciones uno de los directores de la compañía francesa de cables telegráficos, la Corte lo consideró como un mandatarario asalariado, y en consecuencia ha querido hacer que su familia se beneficie con las disposiciones del artículo 2000 (37). Y ¿qué concedió como reparación íntegra del perjuicio causado? 50,000 francos en total, á la viuda y á los hijos. Pues bien: el difunto tenía un sueldo anual de 15,000 francos y, en el momento del accidente, sólo tenía treinta y nueve años (38). ¿Cómo creer que el valor, aún puramente pecuniario, de una vida humana en su apogeo, sea simplemente igual á un poco más de tres veces la ganancia realizada cada año? Como si la gente de treinta y nueve años no debiera normalmente pasar de la edad de cuarenta y tres ó de cuarenta y cuatro años! Nosotros mismos que, en casos semejantes, somos partidarios de una indemnización sólo parcial, hallaríamos demasiado módica la suma de 50,000 francos (39).

Ya se ve, el concepto de la equidad que defendemos, no nos es personal; es el que en la hora actual se abre camino en todas partes, en las leyes y aún, sin que se lo quiera confesar, en las sentencias. Nuestra tesis no es más que la traducción jurídica de la opinión pública, y es esto precisamente lo que hace su fuerza, lo que nos parece debe asegurar su éxito. Porque se invocarían en vano los razonamientos en apariencia más convincentes, las tradiciones más inveteradas: la opinión pública barre todo lo que le forma obstáculo, y con una fuerza irresistible persegue sin tregua su ideal.

Y ahora, llegado el término de nuestro estudio, echemos una última y rápida mirada hacia atrás.

Si una persona experimenta un daño con ocasión de un servicio gratuito ó asalariado que ha prestado á otro, ¿tiene derecho á una indemnización? La doctrina tradicional responde con una distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios: en un caso, reparación íntegra; en el otro, ninguna reparación.

A esta distinción, que ni aún se trata de justificar en razón, y que nos parece que se justifica mal con los textos, pedimos que se sustituya otra: ¿el contrato, cualquiera que sea, se ha celebrado en interés exclusivo de aquel á quien se presta el servicio? hay lugar á reparación íntegra; en el caso contrario, el juez concederá una reparación parcial en la medida en que lo exija el principio proclamado por el artículo 1135: el principio de la equidad.

Pero el rol que atribuimos á este artículo, bien lo sabemos, es lo que asustará á ciertos juristas y, so pretexto de que se encuentra difícilmente la solución equitativa, creen más jurídico no buscarla. «Hacemos derecho, dicen, y no moral», y firmes en esta distinción, se resignan, por ejemplo, á tratar al arrendador de servicios y al mandatario asalariado, en casos semejantes, de una manera opuesta; se deja al uno en la miseria, cuando el otro recibe una renta, y esto en nombre del derecho! O bien, chocando con semejante iniquidad, se imagina ficciones, se declara culpables á personas que no tienen nada que reprocharse, se ingenia en aplicar textos á casos que

el legislador no ha previsto, se respeta la equidad ocultándose, y todo esto todavía, todo esto en nombre del derecho!

Nosotros nos formamos del derecho una más alta idea. Profundamente respetuosos de la ley, pedimos que se la aplique toda ella, y que no se expulsen de ella los textos que hablan de equidad. En nombre de estos textos reclamamos para todos los asalariados la igualdad ante el azar. Así, muy lejos de renegar del Código Civil, deseamos resucitar algunas de sus partes que estaban atrofiadas, y, haciendo, por decirlo así, circular á través de este gran organismo un principio de justicia que se dejaba inerte, tratamos (¡pueda nuestra ambición no parecer excesiva!) de devolver, á esta obra secular, una savia más abundante y una nueva juventud.

JURISPRUDENCIA

Es improcedente la oposición del actor en un juicio, á que uno de los codemandados absuelva posiciones que le fueron puestas por el otro coligante.

El artículo 437 del Código de Procedimiento Civil autoriza á la parte para interrogar á su adversario, por lo que el codemandado podría negarse á contestar el interrogatorio: —pero el actor no puede oponerse á que sean absueltas las posiciones, desde que no le puede irrogar perjuicio y sí beneficiarle.

LA CUESTIÓN EN DEBATE

Don J. G. U. entabla demanda contra la sociedad P. C. P. y C., por devolución de un depósito que dice haber hecho en dicha casa comercial, cuando estaba al frente de ella, el socio D. G. La sociedad se disolvió por escritura pública, en septiembre de 1907, quedando el activo y pasivo de la misma, á cargo del socio P. C. P.—D. G., que es insolvente, otorga con la firma social después de disuelta la sociedad, un documento de depósito á favor de J. G. U., antidatándolo. Don P. C. P. sigue con ese motivo, un juicio criminal contra su ex socio D. G., y en el juicio civil que le ha promovido J. G. U., pide que éste y D. G., absuelvan inmediatamente el uno después del otro, las posiciones que acompaña en pliego cerrado. El Juez Departamental, doctor Pedro Aladio, provee de conformidad á este petitorio.

El abogado director de J. G. U. pide reposición de ese auto, por las siguientes consideraciones:

«Es la primera vez que se ve cosa semejante: es decir, que un demandado haga absolver posiciones á otro codemandado, que por la situación que tienen en el litis, está llamado á correr su misma suerte.

«La ley permite que las partes se pongan posiciones recíprocamente (el actor al reo y viceversa), pero que de dos demandados, salga uno haciendo absolver posiciones al otro, es cosa que nunca se ha visto ni la ley puede permitir.

«¿Quién le dice á V. S. que esa no sea una treta, de que se valen para burlar los derechos de J. G. U.? Mientras siga este juicio, tal cual está planteado; mientras en él J. G. U. sea actor, y P. C. P. y D. G. deman-

(37) París, 20 febrero de 1907, *Pand. fr.* 1907. 2. 183.

(38) Tomamos estos datos de la sentencia del tribunal del Sena que fué modificada por el fallo en cuestión. (*V. Pand. fr.*, 1907. 2. 72).

(39) El tribunal de primera instancia había concedido 90,000 francos.

dados, podrá el primero poner oposiciones á los segundos (como lo ha hecho) y éstos á aquél; pero no ponér-elas entre demandados, como se pretende.

«Si tal cosa se permitiese, fácil sería burlar los derechos de cualquier acción, y echar por tierra hasta los más claros y sagrados derechos.

«Si P. C. P. quiere que D. G. absuelva posiciones, que lo demande, pero mientras las cosas sigan como siguen en este juicio, no cabe tal monstruosidad.

«El artículo 437 del Código de Procedimiento Civil es bien claro: *«las partes (dice) pueden en todo asunto... pedirse recíprocamente juramento, etc. ¿Qué partes son esas? El actor y el reo.*

«Siguiendo la rara doctrina que establece la contraparte, con el mismo criterio, si en vez de ser uno el actor, fuesen dos los demandantes, ¿será legítimo que entre éstos se pudiese exigir absolución de posiciones?

«¿No ve que tal aberración va contra el orden natural de las cosas, contra la razón, la ley y la moral?

«Por lo expuesto: pido á V. S. se sirva reponer el auto impugnado en la parte que se deja expresada, ó conceder la apelación para el caso omiso ó denegado».

El doctor C. Nín y Silva, defensor de P. C. P., al evacuar el traslado que de ese escrito se le confirió, expuso entre otras cosas, lo siguiente:

«Toda la argumentación del actor se reduce á esto: que la ley no autoriza á un demandado para que haga absolver posiciones á otro codemandado que debe correr su misma suerte».

«El abogado actor quizás se sorprenderá que yo sostenga exactamente la misma tesis que él. En efecto, ni la ley, ni la jurisprudencia, ni la doctrina permiten tal cosa, porque autorizar por ejemplo á los codeudores solidarios demandados para interrogarse recíprocamente con el objeto de aprovecharse de sus respuestas contra el acreedor común, sería representar una comedia, á la que no podría prestarse la justicia.

«Los colitigantes pueden ser sujetos activos y pasivos de interrogatorios en cuanto á la parte á que se contraponen, pero no entre sí. Lo mismo ocurre con el que interviene asistiendo á una de las partes contendientes: entre uno y otro no puede mediar interrogatorio, por comunidad de intereses.

«Pero si estoy de completo acuerdo con el actor sobre este punto, disiento fundamentalmente de él, en las conclusiones á que arriba. El abogado contrario comete aquí el error lógico denominado petición de principios. En efecto, él parte, para probar su aserción, de premisas que la implican, y por lo tanto, llega forzosamente á consecuencias falsas.

«La contraparte formula implícitamente el siguiente silogismo: 1.º La ley autoriza á los codemandados que deben correr la misma suerte en el litis, á ponerse posiciones entre sí; 2.º P. C. P. y D. G. son codemandados que están llamados á correr la misma suerte en el litis; 3.º Luego P. C. P. y D. G. no pueden ponerse posiciones entre sí.

«De las premisas anteriores, la primera es cierta, pero como la segunda es falsa, falsa también resulta la conclusión. El abogado contrario da por resuelto un punto en que estriba todo el quid de este pleito: parte de la base de que P. C. P. y D. G. están ligados por comunidad de intereses, y que por lo mismo deben correr la misma suerte en el litis; pero eso es precisamente lo que se discute, y lo que yo rotundamente niego, negación

que he prometido probarla y la probaré en la estación oportuna.

«La ley dice que *«LAS PARTES pueden en todo asunto, etc., pedirse recíprocamente juramento sobre hechos personales concernientes á la materia en cuestión, ó presentarse posiciones en pliegos cerrados»* (artículo 437 del Código de Procedimiento Civil), y el contrario sostiene que esas partes son únicamente el actor y el reo, lo que no es cierto, pues también es parte el tercerista excluyente, y también puede él hacer absolver posiciones á cualquiera de los otros dos litigantes.

«Lo no permitido, sería que un tercerista *coadyuvante* pretendiera poner posiciones al litigante cuya causa trata de apoyar, pues sería un contrasentido que lo favorecieran las respuestas de quien tiene tanto interés como él, en el juicio, hasta el punto que el legislador «lo reputa por una misma persona con el principal que litiga (artículo 523 del Código de Procedimiento Civil). En cambio, ni el orden natural de las cosas, ni la razón, ni la ley, ni la moral, prohíben al tercerista excluyente hacer absolver posiciones al actor y al reo, á la vez, por la sencilla y clarísima razón de que entre él y éstos no existe comunidad de intereses, pues su pretensión se opone á la de los otros dos (artículo 520 del Código de Procedimiento Civil).... En el presente caso, la posición de P. C. P., en este juicio, es *sui generis*, asemejándose mucho á la del tercerista excluyente....»

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Visto: Este incidente promovido por la parte actora á f. 34 contra el auto de f. 30 vta. que manda que D. G. absuelva las posiciones puestas por P. C. y P. y;

Por las consideraciones de derecho vertidas en este escrito; y además

Considerando: Que el actor carece de acción para oponerse á que G. absuelva posiciones puestas por P. C., por dos razones; primera: no tiene personería de G.; y segunda: el auto que recurre se limita á mandar que G. absuelva posiciones, pero no dice, ni quiere decir que lo que resulte de esas posiciones, haya de obligar al actor, pues ello importaría un prejuzgamiento sobre el valor de esas confesiones que sólo podrán ser apreciadas en definitiva y por lo tanto ningún interés legal tiene ahora el actor en oponerse desde ya al diligenciamiento de una prueba que no sabe si lo obligará ó no, teniendo además todavía en este juicio oportunidad para impugnar tal prueba y demostrar que ella no debe ser tenida en cuenta al sentenciarse;

Considerando: Que el artículo 437 del Código de Procedimiento Civil no encierra una prohibición de lo que aquí pretende don P. C. y P., y á falta de una disposición prohibitiva, el principio de la mayor amplitud posible en la prueba y en la defensa, aconsejan permitir en un caso especial como el presente, dada la posición que en el juicio ocupan los demandados C. y G., no negar á éstos el derecho de ponerse posiciones.

Por todo ello, se mantiene el auto recurrido, concediéndose no obstante la apelación para ante el Juez Letrado de lo Civil que esté de turno, á quien se elevarán los autos en la forma de estilo y ante el cual comparecerán las partes dentro del término de diez y ocho días por que quedan emplazadas.

San Fructuoso, diciembre 23 de 1908.

Aladio.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Visto en segunda instancia este incidente promovido por don J. G. U. contra don P. C. y P., venido en apelación por la interpuesta contra el auto de f. 30 vta.—Atento á que la cuestión debatida por las partes puede proponerse en los siguientes términos: si el actor tiene derecho á oponerse á que uno de los codemandados absuelva posiciones que le fueron puestas por el otro colitante. Que el precepto legal del artículo 437 del Código de Procedimiento Civil confiere á la parte la facultad de interrogar á su adversario, y por lo tanto, acaso pudiera el colitante interrogado por el otro, que no es á su respecto parte, oponerse á contestar el interrogatorio. Pero el actor no podría formular observación, ni por el interrogado, porque asumiría una representación que no tiene, como lo hace notar acertadamente la sentencia de primera instancia, ni por derecho propio, porque tal confesión no puede tener eficacia probatoria en su perjuicio, ni directa ni indirectamente, y en cambio puede beneficiarle y propender, aunque no le beneficie, á que se cumplan mejor los fines de la justicia. Que si el actor no tiene derecho á oponerse á que su contraparte confiese espontáneamente, tampoco lo tiene en este caso á que no absuelva posiciones de modo voluntario, porque si pudiendo el codemandado no contestar sin exponerse á ulteriores consecuencias, contesta sin embargo, da á su confesión cierta espontaneidad que elude la oposición injustificada del actor. Que el demandante tampoco podría fundar su oposición en que si la contestación del codemandado no puede sino beneficiarle, tiene derecho á renunciar á ese, como á cualquier otro beneficio, porque las partes en litigio después de haber excitado la función jurisdiccional para el restablecimiento del orden jurídico violado, no pueden contrariar en ninguna forma los fines de la justicia, que necesita de la prueba amplia para el esclarecimiento de la verdad, á fin de poder hacer eficaz la tutela del derecho subjetivo. Que desde que no existe en el caso ningún precepto prohibitivo, aún en la duda, debe optarse por la admisión de la prueba que no puede irrogar perjuicios al opositor;

Por estos fundamentos: Confírmase, con costas, la resolución de primera instancia, y devuélvase.

Montevideo, abril 30 de 1909.

Furriol.

Jurisprudencia administrativa

En el precio del empedrado de una calle, para el pago que deben realizar los propietarios colindantes, no deben comprenderse ni el valor de los desmontes, ni el de los terraplenes ú otros cualesquiera que se efectuaren para la pavimentación de la vía de tránsito.

El decreto ley de 1877 pone á cargo de los propietarios el empedrado de las calles, y por empedrado no puede entenderse sino el afirmado de piedra, cualquiera que fuese su clase.

Publicamos á continuación la vista del señor Fiscal de Gobierno de 2.º turno, doctor Alfonso Pacheco, en

una interesante cuestión relacionada con el pago del empedrado por los propietarios.

Como la Junta Económico-Administrativa de la Capital ha sometido al dictamen de una Comisión especial este asunto, daremos en otro número la resolución que haya adoptado y la solución definitiva de la interesante cuestión.

VISTA DEL FISCAL DE GOBIERNO

Excmo. Señor:

La declaración del artículo 1.º del decreto-ley de 8 de febrero de 1867, sobre que todos los contratos de empedrados que celebre la Junta Económico-Administrativa de la Capital, son obligatorios para los propietarios en la parte que les comprende, viene á significar que esas obras sólo pueden emprenderse por la autoridad local, sea por sistema de administración ó por empresa, pues técnica y prácticamente son ellas muy distintas de las obras relativas á cerros y veredas, cuya realización es perfectamente factible por los interesados, por no responder como el afirmado á un plan de conjunto en armonía con la delineación y traza de una calle pública.

El decreto de fecha 24 de marzo de 1887, englobó en sus disposiciones reglamentarias todo lo relativo á cerros, veredas y empedrados, autorizando por su artículo 2.º la ejecución directa de dichos trabajos por los propietarios en los términos que especifica el artículo 2.º. Hay que reconocer que se padeció un sensible error en este punto por no tenerse presente la diferencia substancial entre obras de empedrado y obras de construcción de cerros y veredas que afectan necesariamente la modalidad de ejecución.

Mas no debe hacerse fuerza de ese error ó, mejor dicho, de esa confusión en que tal vez se incurriera de intento con un loable fin moralizador, para dejar hoy en lamentable olvido otras disposiciones previsoras de dicho decreto que fueron á su tiempo argumento formidable para aminorar los efectos de negociaciones funestas. Habíanse celebrado por aquel entonces contratos onerosísimos, muchos de los cuales fueron anulados en los comienzos de la administración del general don Máximo Tajes, y vino á comprobarse que de sus obligaciones sólo llegan á tener noticia gran número de propietarios de los terrenos afectados, tan luego en el preciso momento que se verán desposeídos de sus bienes por obra de juicios ejecutivos llevados en rebeldía y movidos con todo sigilo por la confabulación siniestra de intereses inconfesables.

Fué contra tanta iniquidad que el gobierno de 1887, opuso aquella barrera salvadora del expresado decreto reglamentario, uno de cuyos artículos, el más importante y de cabal aplicación siempre, dispone que antes de celebrarse un contrato de esa clase, las intimaciones y notificaciones se harán personalmente al propietario ó á su apoderado, y sólo en el caso constatado de no existir éstos ó no ser conocidos se les emplazará por el término de la ley.

La observancia de este requisito formal no es para resistirse como un obstáculo á la buena gestión de los intereses municipales, desde que no puede tomarse ni nadie la toma como una autorización implícita en cuanto al propietario que haga directamente el empedrado, prescindiendo de todo plan oficial, sino como un aviso previo de las obligaciones que le traerán los contratos de empedrado que está por celebrar la Junta, quedando así prevenido para hacer frente al compromiso de la mejora sin exponerse á los peligros de una venta forzosa.

Para resguardar los derechos é intereses de un vecindario numeroso, al que no debe nunca tratarse como parte vencida en un litigio de intereses, no basta con publicar intermitentemente el aviso que anuncia la licitación del empedrado, redactado en términos tan imprecisos.

La Administración tiene que ser más explícita en sus relaciones con los administrados, desde que no ha de pretenderse que de una simple publicación como esa, pueda deducir gente poco versada, y por consiguiente digna de la mayor protección, un futuro compromiso de pago, á base de gravamen real.

Otra anomalía advierte el Fiscal en la tramitación previa al contrato celebrado con el señor P. para el empedrado de las calles Porongos y Colorado, y es que la Mesa presidencial ha intervenido de un modo desviado é indirecto en este asunto. Presentada que le fué la solicitud de vecinos de f. 4, la pasa á los efectos que corresponden á la Dirección de Obras Municipales, y ésta, interpretando el trámite como una autorización cerrada para contratar, saca á licitación la obra y celebra el contrato con el proponente más ventajoso, sin darle á la Mesa más intervención.

Entiende el Fiscal que hay que reconocer un valor muy relativo á esas solicitudes colectivas en que aparecen vecinos y titulados propietarios interesando el celo de la autoridad para que se haga una obra pública de la cual ellos reciben el beneficio sin la menor contribución de su parte. A lo mejor uno se retracta, uno niega la firma ó desconoce la promesa que han querido atribuirle,—ejemplo, el caso de la sucesión D. cuya declaración á f. 9 merece leerse. Recorriendo esa solicitud en que no aparece la firma de los reclamantes que actúan hoy ante V. E. y observando la tramitación que se le ha impreso, es el caso de recordar con qué sumo cuidado intervenía en el manejo de esos asuntos tan relacionados con los derechos é intereses privados del vecindario, el Presidente de la Junta de 1889 doctor don Carlos María de Pena.

Véase sino en qué términos explicaba la ingerencia de la Mesa presidencial en dichos negocios:

«En cuanto á los resultados de la licitación, debo decir, que he presenciado algunos casos de coalición entre empresarios. Ha quedado ésta desbaratada porque la Junta rechazó las propuestas y volvió á licitar la obra tachando de notoriamente exagerados los precios anteriores. Empedrados que en licitación pública llegaban á pesos 1.69 el metro y á pesos 1.49, se contrataron después á pesos 1.30 y á pesos 1.28 con alguno de los mismos proponentes y en licitación privada ó sea llamándoles ante el Director del ramo ó ante el Presidente de la Junta. Como las disposiciones vigentes sobre licitación exigen la presentación de tres propuestas, buscan los licitadores lo que en la jerga de empresarios se llama «pierna», y hacen número con un tercero. Estas combinaciones dolosas, que deben ser perseguidas, y otras del mismo jaez, han sido desbaratadas en la Junta con la aplicación de una cláusula que es elemental y figura hace tiempo en los pliegos de condiciones: La Junta se reserva el derecho de rechazar todas las propuestas si lo juzga conveniente.»

Si antes de ajustarse el contrato con P. hubiera deliberado la Mesa ó la Junta en consejo, habríase considerado tal vez la cuestión previa de si era el caso de precipitar el convenio. La ley de 24 de julio de 1873 que rige para los departamentos de campaña, establece que la construcción del empedrado será sacada á licitación y por lotes que no excedan de 5 á 10 cuadradas. Esta regla es susceptible de aplicarse por analogía en aquellos si-

tios de la Capital que permanecen aun casi despoblados; y no es de desdeñarse por cierto la enseñanza de las leyes análogas.

La solicitud inicial de f. 4 se refería al empedrado de las calles Colorado, Porongos, Juanicó y Casupá, entre las de Figurita y Vilardebó, y la obra vino á quedar reducida después á tres cuartas escasas en virtud de la providencia de la Dirección de Obras Municipales de 23 de octubre de 1906. ¿Se consultaba así el criterio de utilidad común que debe presidir en la contratación de obras comunales? Hay que tener en cuenta que cuanto más reducido es el volumen de trabajo, mayor es su costo, según lo enseña una conocida regla de proporción que rige tanto en los negocios comerciales cuanto en los lucros derivados de las construcciones, así públicas como privadas. Siendo esto así, ¿era muy urgente repartir entre un escaso vecindario el costo de una pavimentación reducida pero onerosa por los detalles de su ejecución? Empero, celebrado ya el convenio con P. y visto que á pesar de las irregularidades y omisiones habidas en su tramitación no hay base firme para poner en duda de un modo eficiente y práctico su subsistencia actual, corresponde examinarlo ahora en cuanto sus cláusulas pueden obligar á los propietarios.

El empedrado es una obra que según el decreto-ley de 1877, la costean los propietarios de los terrenos que dan frente á las calles correspondientes. Pero como lo dice con todo acierto el señor Fiscal de Gobierno de 1.^{er} Turno, «las leyes de la materia ponen á cargo de los propietarios exclusivamente el empedrado de las calles, y por empedrado no se entiende ni puede entenderse otra cosa que el afirmado de piedra, sea éste de la clase que fuere». En efecto: las calles públicas se habilitan mediante una delineación adecuada, para que su emplazamiento responda á la facilidad de las comunicaciones y á la desembarazada circulación del aire y de la luz. Si hay que corregir algún desperfecto que altere el curso natural de las aguas, ó bien si es necesario sanear el suelo con drenajes ó desecamientos, tales obras de salubridad, corresponden á la Junta. Si hay que demoler antes un edificio que ocupa el terreno destinando á vía pública, tal demolición será también de cuenta de la Junta. En el mismo caso se hallan los terraplenes y desmontes exigidos por la nivelación del terreno. En suma, la calle para ser empedrada, tiene que estar pronta y preparada para recibir el afirmado.

Todo lo que sea trabajo preliminar ó probatorio, es de cuenta de la autoridad municipal ó del Estado, y tanto se ha entendido así en defecto de una ley expresa, que cada vez que la Administración ha dispuesto la nivelación de la planta urbana de algún pueblo, ha tratado que los propietarios no sufrieran perjuicios de ninguna clase, no corriendo por lo tanto de su cargo los desmontes y terraplenamientos de las calles públicas á arreglarse. No tiene elementos á mano el Fiscal para entrar en una crítica concienzuda del precio de pesos 2.98 por metro cuadrado de empedrado que cobra el contratista P. Los precios que cobraban los contratistas de 1899, á pesar del gran movimiento de los trabajos municipales, llegaron apenas á la mitad; los que cobran hoy mismo otros contratistas son muy inferiores á pesos 2.98; pero aún concediendo todo lo que se quiera al aumento operado actualmente en el precio de los materiales y mano de obra, resultará siempre que tal precio, decía, está en una desproporción notable con el valor del terreno en aquellos parajes. Este desequilibrio hace que el aspecto económico de la contratación P. dé tema á que se considere que ha sido olvidada en este caso la

regla de buena administración que impone el acomodar el precio de la mejora al valor del fundo que la soporta.

Es antieconómico que el fundo sea sacrificado á la mejora, ó al menos gravado inconsiderablemente con ella, y para una administración previsora hay siempre un positivo interés social en que aumente el número de propietarios de la tierra, siendo congruente con tal designio el dificultar por lo pronto, dentro de la legalidad, que los contratistas de obras públicas lleguen á despojar á esos pequeños propietarios por deudas provenientes de mejoras urbanas. Lo que el Estado en muchos casos y circunstancias no haría directamente sin mengua de su rol de protector, ¿podrá hacerlo en su nombre la avilantez de los empresarios?

Opina el Fiscal, en conclusión, que quedaría aminorado tanto perjuicio, si V. E. declarara que en el precio del afirmado de que se trata, no entran las obras preliminares de arreglo del terreno, como ser desmontes, terraplenes, etc., y si fuese posible calcular todo á base de precio unitario, se tendría forzosamente que descontar ese importe sobre el de pesos 2.98 por metro cuadrado, supliendo en caso contrario una apreciación prudencial que tal vez diera por resultado el precio definitivo de un peso cincuenta centésimos á que se refiere el peticionario y que es ya un precio remunerador para el empresario. La diferencia que llegase á constatare de tal suerte, éste la reclamará de la Junta.

Tal es la opinión del Fiscal, salvo la más acertada de V. E.

Montevideo, agosto 26 de 1908.

Alfonso Pacheco.

RESOLUCIÓN REVOCATORIA DE LA DICTADA POR LA JUNTA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA DE LA CAPITAL EN EL ASUNTO DE LOS SEÑORES BAZZANO Y PIÑEYRO, SOBRE PAGO DE EMPEDRADO.

Ministerio del Interior.

Montevideo, mayo 24 de 1909.

Vistos: En apelación este expediente elevado por la Junta Económico-Administrativa de la Capital, en virtud del recurso deducido por los señores Juan M. Bazzano y José Piñeyro de la resolución de dicha corporación que no hizo lugar á las pretensiones de los recurrentes para que se les rebajara el importe de lo que debían pagar por el empedrado de la calle Porongos, en la parte que da frente á sus propiedades;

Resultando: 1.º Que la Dirección de Obras Municipales, previo llamado á licitación, aceptó las propuestas de don Aníbal Perraton para el empedrado de las calles Porongos, entre Figurita y Vilardebó, y Colorado entre Guaviyú y Porongos, por el precio de pesos 2.98 el metro cuadrado de empedrado; 2.º Que los apelantes consideran que no están obligados al pago de ese precio por ser muy excesivo, alegando que frente á sus propiedades no se ha realizado trabajo alguno de desmonte que haya aumentado el precio de la obra; 3.º Que se ha constatado en este expediente que tanto en la calle Porongos como en la de Colorado, se realizaron trabajos de desmonte y de movimiento de tierras por el contratista Perraton, trabajos que antes de aceptarse su propuesta se tuvieron en cuenta para su aceptación por el precio de pesos 2.98 (artículo 6 del pliego de condicio-

nes á fs. 1 vta.; informes de fs. 17, 23 vta. y 44), á que ascendía, según las oficinas técnicas de la Junta, debido á tales obras, el costo del empedrado á realizarse;

Considerando: Que no estando obligados legalmente los propietarios de terrenos con frente á calles en que se construya empedrado (leyes de 11 de julio de 1855 y 8 de julio de 1867), sino á pagar el precio de éste, exclusión hecha de lo que importen los gastos de desmontes y rellenamientos extraordinarios, etc., necesarios para que la calle quede en condiciones de soportar el afirmado, según así lo ha resuelto el Poder Ejecutivo con fecha 17 del corriente al considerar un asunto de la misma índole por apelación deducida por don Arturo Menck de una resolución de la Junta Económico-Administrativa de la Capital, los apelantes no están obligados á pagar el costo de los desmontes realizados en las calles Porongos y Colorado, desmontes que han aumentado el valor del metro cuadrado de empedrado, y en caso de que hayan realizado dicho pago al contratista, corresponde que la Junta Económico-Administrativa de la Capital, á quien corresponden tales gastos, restituya á los señores Bazzano y Piñeyro el importe del recargo que ha tenido su cuota contributiva con motivo de los trabajos de desmontes extraordinarios á que se ha hecho referencia;

Atento al contenido de las precedentes vistas de los señores Fiscales de Gobierno de 1.º y 2.º turnos;

SE RESUELVE:

1.º Revocar la resolución de la Junta Económico-Administrativa de la Capital, de fecha 17 de enero de 1908 (fs. 29 vta.) declarando que dicha corporación debe atenderse estrictamente á lo establecido en el considerando de esta resolución.

2.º Que se comunique, inserte y publique y vuelva á sus efectos á la Junta Económico-Administrativa de su procedencia.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Resolución recaída en el expediente de don Arturo Menck sobre pago de empedrado en la ciudad de Montevideo.

Ministerio del Interior.

Montevideo, mayo 17 de 1909.

Vistos: En apelación este expediente elevado por la Junta Económico-Administrativa de la Capital, en virtud del recurso interpuesto por don Arturo Menck de la resolución de dicha Corporación que impone al recurrente y á los otros propietarios de la calle Ejido entre Cebollati y Tacuarí la obligación de pagar el empedrado construido frente á sus propiedades, incluyendo en su costo el importe de las obras de desmonte realizadas para hacer posible la pavimentación;

Considerando: 1.º Que de este expediente resulta comprobado que al apelante y á los demás propietarios que reclamaron ante la Junta en el escrito que corre á fs. 27 se les obliga al pago del afirmado á razón de pesos 3.21 el metro cuadrado, en cuya cantidad resulta incluido el importe de las obras de desmonte que hubo necesidad de realizar á fin de colocar la calle en condiciones de

hacer posible el empedrado, pues dicha parte de calle estaba obstruida por grandes terraplenes, formados principalmente por la acumulación sucesiva y continuada de los depósitos de escombros y basuras realizada de tiempo atrás; 2.º Que con arreglo á las leyes de la materia (ley 11 de julio de 1855, decreto-ley de 8 de febrero de 1867) á lo único que están obligados los propietarios cuyos edificios dan frente á una calle pública, es á costear el empedrado, y que debiendo las palabras de la ley entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, siempre que el legislador no las haya definido expresamente (Código Civil, artículo 18), por empedrado se entiende «el pavimento formado artificialmente de piedra» (Vocabulario de la lengua); 3.º Que siendo á las Juntas á quienes corresponde dictar reglas para la nivelación de las vías públicas, proveyendo á su pavimentación (ley 10 de julio de 1903, artículo 12 inciso 15 subincisos A y C), es indudable que os gastos que se originen para nivelar las calles á fin de hacer posible el tránsito y libre circulación por ellas, realizando los trabajos *extraordinarios* de terraplenes y desmontes, deben ser de su cargo, pues mientras una vía pública urbana no se halle en condiciones de servir para calle no puede recibir tal denominación; 4.º Que de las consideraciones precedentes se induce claramente que en toda obra de afirmado urbano hay una parte independiente de ésta, que es la calle misma, la disponibilidad del terreno y su nivelación regular, cuyo costo es de cuenta de la Junta, y otra parte inherente al afirmado de empedrado, que es la piedra y demás materiales y la mano de obra, de cuenta exclusiva de los propietarios respectivos; conclusión confirmada por la doctrina (Fiezier Herman, t. 30, voc. *Pavage*, número 30).—

Por estos fundamentos y los de la precedente vista del señor Fiscal de Gobierno de 1.º turno,

SE RESUELVE:

1.º Declarar que la Junta Económico-Administrativa de la Capital no tiene derecho á exigir del apelante señor Menck y de los otros reclamantes, con motivo del empedrado realizado frente á sus propiedades, el importe de los gastos *extraordinarios* de desmontes, incluidos en la cuenta del contratista de las obras;

2.º Que se comunique, inserte, publique y vuelva á la Junta Económico-Administrativa de la Capital para su conocimiento y demás efectos.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Resolución aprobatoria del procedimiento municipal, respecto al ochavamiento de un edificio en construcción en la calle 25 de Mayo.

Ministerio del Interior.

Montevideo, mayo 17 de 1909.

Vistos: Estos antecedentes relativos á una denuncia hecha en la prensa sobre omisión del ochavamiento en la obra en construcción con frente á las calles 25 de Mayo y Solís, de la Capital;

Resultando: de los informes elevados por la Intendencia Municipal que no existe omisión en el caso denunciado, pues si bien el edificio que se construye no tiene ochava-

vada la parte que da á las calles 25 de Mayo y Solís ha sido situado á distancia de la línea oficial de las calles, y la ochava será rigurosamente observada en la verja que se construirá sobre la expresada línea;

Considerando: Correcto el proceder de las oficinas municipales en la tramitación del asunto y en las exigencias que han hecho ajustar estrictamente el proyecto de edificación de la referencia á las prescripciones de los artículos 13 y 16 de la Ley de Construcciones,

SE RESUELVE:

1.º Declarar infundada la denuncia que dió origen á este expediente, y ajustado á la ley el procedimiento seguido por las oficinas municipales al exigir la ubicación del edificio en forma que se respeten las exigencias del ochavamiento.

2.º Que se publique con el informe de la Sección Municipal de Arquitectura, se comunique y archive.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

INFORME

Dirección de Obras Municipales—Sección de Arquitectura.

Montevideo, mayo 30 de 1909.

Cuando pasó á informe de esta Sección el proyecto para edificar en el terreno citado en la precedente nota, se hizo notar al interesado que para el debido cumplimiento de la Ley de Construcciones, debían ser modificados los planos, á fin de encuadrarse en los artículos 13 y 16 que prescriben, respectivamente, la altura mínima admisible para las salientes y la ejecución del ochavado en todas las esquinas formadas por las calles menores de 17 metros.

Atendiendo el deseo de no perjudicar en lo más mínimo el conjunto arquitectónico del proyecto, prefirió entonces el propietario ubicar el edificio en forma que, sin contravenir las disposiciones legales, no hiciera necesario el alterar los planos confeccionados por los eminentes arquitectos Girault y Chiffai.

Se propuso entonces hacer esa ubicación retirando el edificio hacia el interior de la línea oficial de las calles, conservando empero la alineación por una verja de hierro de pequeña altura. Se obtenía así la observancia de las prescripciones sobre salientes y sobre ochavado sin menoscabo de la composición arquitectónica proyectada y con una solución perfectamente encuadrada en la letra y espíritu de la ley, como claramente lo demuestra el croquis que se adjunta y que fué presentado por el interesado á requerimiento de esta Sección antes de expedirse aconsejando la aprobación del proyecto.

En el informe se advertía, además, entre otras observaciones que debían tenerse presente en la ejecución de los trabajos, que siendo erróneas las dimensiones de 1 m. 80 que indicaba el croquis, tomadas desde las esquinas para formar las ochavas, ellas debían hacerse en la obra de 1 m. 92, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley de Construcciones.

No terminó aquí el celo desconocido de esta oficina.

Una vez replantados los muros perimetrales de la construcción sobre el terreno, se verificó el cumplimiento

de lo establecido en su informe, pudiéndose ver que los hechos comprueban la escrupulosa observancia de las disposiciones vigentes.

He aquí lo que debía informar para destruir la infundada denuncia, alrededor de la cual se han hecho tantos comentarios por parte de algunos órganos de la prensa, con una ligereza incompatible con la seriedad que debieran observar esa clase de juicios que se dan al público, y que por suponer irregularidades requieren fundamentarse en un pleno conocimiento de causa antes de pronunciarse en forma que pueda afectar el buen nombre de una oficina ó de un funcionario público.

Eugenio P. Baroffio.

Por el hecho de realizar refacciones en las aberturas exteriores de un edificio, aumentando su altura, no se justifica la aplicación del artículo 16 de la ley del 8 de julio de 1885, que ordena el ochavamiento de las esquinas que se edifiquen, reedifiquen ó refaccionen con frente á calles de menos de 17 metros de ancho.

Esas reparaciones son de simple ornato ó, á lo más, mejoras voluptuarias que no se hallan comprendidas en la precitada ley.

VISTA DEL FISCAL DE GOBIERNO

Excmo. Señor:

Es indudable que el permiso que requirió el arquitecto A. E. S., para efectuar las obras allí descritas, no se ajustó á las terminantes é ineludibles disposiciones de la ley de fecha 8 de julio de 1885, pues es de verse en la memoria acompañada, que no estaban comprendidas las obras relativas á la alteración de las aberturas de los balcones que dan á las calles Ituzangó y 25 de Mayo, limitándose ese arquitecto á hacer una somera investigación á tal respecto en el escrito en que pedía el permiso de obras y acompañaba la memoria descriptiva, en la que se hacía referencia expresa á que los revoques exteriores no se modificarían, lo que aparte de suscitar cierta contradicción con la letra misma del escrito, venía en realidad á excluir del proyecto de las obras, toda alteración en la fachada, sea cual fuese.

Esto es incuestionable, Excmo. señor, y de ahí que haya habido su razón en considerar, que en el caso ocurrente, no se ha concedido tal permiso para alterar las aberturas primitivas, desde que no existiendo dato gráfico de dicha obra, ni menos la correspondiente constancia en la memoria descriptiva, como terminantemente lo exigen los artículos 2.º y 3.º, inciso 6.º de la ley citada, no podía jurídicamente reputarse existente el permiso en cuanto á las aberturas, y como no se exigió tampoco el derecho correspondiente (artículo 30 inciso 4.º), resulta que la Inspección de Obras Municipales ha juzgado con toda verdad que el arquitecto S., al ejecutar esos trabajos no comprendidos en la autorización general, ha incurrido en la multa impuesta. En el terreno de la certidumbre moral no se opondrá el Fiscal á la opinión sustentada por el Departamento Nacional de Ingenieros, de que el arquitecto S. pudo considerarse autorizado para emprender las obras de ensanche de las aberturas, por haberlo solicitado así en su referido escrito, pero en el terreno legal la omisión

de tal pedido está fuera de toda duda, como asimismo es indudable que ha habido sensible inadvertencia, por parte de la Dirección de Obras Municipales, al conceder lisa y llanamente el permiso con prescindencia de los términos de su presentación, pues á haberlos examinado, hubiera tenido ocasión de significar al interesado, que la modificación de las aberturas no era susceptible de ser considerada aparte del proyecto, debiendo formar parte de su contenido gráfico, y entonces habríase promovido en tiempo útil la cuestión relativa á saber si tales modificaciones llevarían á la obligación del ochavamiento.

Por manera que si ha habido error por parte del arquitecto en cuanto á la forma del permiso, no sirve de excusa para inhibir á su autor de la multa, por cuanto el error en esta materia no constituye ninguna excepción legal que justificar pueda el desconocimiento de la ley de 1885. Más es lo cierto también que la inadvertencia ó descuido por parte de las oficinas técnicas municipales, hija de prácticas rutineras, no puede de ningún modo amparar ese desconocimiento.

Aunque el permiso dado con fecha 8 de abril de 1907 haya sido ejecutado en su totalidad, tal circunstancia no destruye ni aminora la responsabilidad legal en que ha incurrido aquel técnico, por no haber observado las formalidades del caso; los hechos posteriores no revalidan su alteración, y por lo tanto debe V. E. declarar, que la multa ha sido bien impuesta, no obstante haberse hecho acreedora la Dirección de Obras Municipales á un serio aperebimiento por la omisión padecida, ya que á ella no le es dado invocar error ó olvido de su parte.

Pero es de observar en seguida, que liquidada la cuestión de forma ó suponiéndola inexistente, porque á su tiempo se hubiera incluido en el proyecto el dato gráfico de las aberturas, tal circunstancia no implica ni implicar puede la necesidad de darle á la esquina la forma de ochavamiento exigida por el artículo 16 de la ley citada, y en este punto no está conforme este Ministerio con la Junta Económico-Administrativa ni con el Departamento Nacional de Ingenieros, por más que sus opiniones le merezcan siempre particular consideración.

El artículo 16 establece efectivamente que en todas las esquinas que se edifiquen, reedifiquen ó refaccionen en la vieja, nueva y novísima ciudad, y el ancho de sus calles no alcance á diez y siete metros, deberán ochavarse sus ángulos.

Esta disposición hay que entenderla y aplicarla con criterio amplio, nada restrictivo, según así resulta de su propia naturaleza, y del fin de utilidad común que la informa, no reñido por eso con el particular interés del dueño del edificio.

Cabe recordar que en materia administrativa es muy corriente que no se tenga por apropiada y oportuna una inteligencia simplista de la ley, sobre todo cuando su texto comprende términos y locuciones que no son de uso común, sino que reconoce una acepción determinada impuesta por la técnica que rige las cosas que la ley ha querido reglar.

Cuando la ciencia y el arte distinguen y clasifican, el intérprete, en este caso el administrador, debe también clasificar y distinguir, por cuanto no se trata ya de una mera apreciación personal de esas que se ventilan á influjo del conocido *ubi lex*, etc., etc., sino de clasificaciones científicas que ha consagrado ya una experiencia aleccionadora y tienen, por lo mismo, la virtud de imponerse á la autoridad de la razón.

Para los expositores del derecho que rige la arquitectura civil, hay diversas clases de reparaciones, por lo que no es de creer que nuestro legislador no haya tenido en cuenta sus esenciales diferencias, al punto de mirar á todas como iguales ó de no admitir diversidad de grado entre ellas, lo que sería absurdo.

Frémey-Ligneville, en su notable tratado sobre legislación de edificios y construcciones, dice que en términos generales se entiende por «reparación toda obra hecha en una casa degradada para impedir su ruina, á fin de colocarla otra vez en estado de continuar prestando el servicio á que estaba destinada desde un principio». «Si en vez de estar la construcción sencillamente degradada estuviera en ruinas, la obra no sería ya una reparación sino una reconstrucción. Mas si la construcción estaba en buen estado de servicio, la obra no se haría con el fin de reparar degradaciones sino con vista de buscar su mejoramiento».

También se llaman confortativas las reparaciones que se efectúan para asegurar una construcción; en el caso de una pared maestra, por ejemplo, sería reparación confortativa la que se hiciera en los cimientos ó bien la que consolidara la estabilidad del muro. Yendo al caso en cuestión, adviértese sin esfuerzo que las obras de simple elevación de las aberturas correspondientes á la parte alta, no han alterado la disposición y estructura de la fachada, no pudiendo decirse tampoco que estaban destinadas á consolidar el muro exterior. No se trata, pues, de una reparación confortativa, sino de una de ornato, á lo más de una mejora voluptuaria, que no son ciertamente las que constituyen las refacciones que según el legislador puedan ocasionar el ochavamiento de una esquina. Para una obra de esta clase deben preceder ó seguir otras dentro del mismo plan, que guarden entre sí cierta armonía en cuanto á su entidad y costo. Así como tomando aisladamente esta obra del frente ó fachada, consistente en aumentar la altura de las aberturas, sería desarreglado incluir por vía de imposición una obra de entidad mayor como ésta: la construcción de un nuevo muro para asentar el ochavamiento. En cambio este sería perfectamente factible económicamente hablando, si coincidiera con una reparación confortativa sobre la fachada.

No es dado hacer abstracciones en estos casos del criterio de utilidad con que se clasifican las reparaciones en orden á su costo é importancia lo cual se suele tener muy en cuenta en todas estas cuestiones de arquitectura civil. A este respecto observa el doctor don Luis Varela en el tomo de su obra dedicada á la legislación especial de Obras Públicas, siguiendo las huellas de los expositores del Derecho Francés, que «tales reparaciones confortativas figuran siempre entre las obras que no puede hacer el dueño en un edificio suyo sujeto á la servidumbre de alineación, mediante la cual podrá fácilmente la Administración adquirir tan solo el terreno para calle por su valor, luego que la ruina del edificio se haya consumado».

Véase, pues, la importancia asignada á esa categoría de reparaciones desde el punto de vista del interés fiscal.

Aplicábase ahora la noción de reparaciones confortativas al caso ocurrente, y se comprenderá que no practicándose ella en el muro de fachada, no sería justo ni económico hacer derivar el ochavamiento de un leve aumento dado á las aberturas. Se llegaría de tal suerte á una exigencia desprovista del necesario contrapeso.

Resulta en definitiva, Excmo. Señor, que lo más arreglado á la entidad de esos trabajos realizados ya en la

fachada, sería no practicar el ochavamiento dejando concluir las dos ventanas que faltan para que la esquina termine en ángulo recto, tanto arriba como abajo, sin saliente en la parte superior, ya que el ochavamiento discontinuo sería antiestético, por la desarmonía que ofrecería el contraste de semejante conjunto, y lo afirma así el Fiscal por su cuenta, porque en materia de estética no tiene por qué subordinar su criterio personal á otro que no reposa también sino sobre meras apreciaciones personales, ajenas á exigencias de orden técnico y legal, que son sí las únicas á que tiene que obedecer en su dictamen.

V. E., no obstante, resolverá según lo estime más conveniente.

Montevideo, abril 17 de 1909.

Alfonso Pacheco.

Legislación

Resolución explicativa respecto á las funciones de Agentes Fiscales, como defensores de los intereses del Municipio y á sus servicios voluntarios de asesores de las Juntas Económicas ó Intendencias Municipales.

Ministerio del Interior.

Montevideo, mayo 31 de 1909.

Vistos: 1.º La consulta de la Intendencia Municipal de Soriano, respecto de si procede que de los expedientes relativos á salida de dominio municipal dé vista al Agente Fiscal Letrado como medio más seguro de poder fundar las resoluciones que estime oportunas, dado que generalmente se ventilan cuestiones legales de difícil solución:

Considerando: 1.º Que, sin desconocer las conveniencias positivas que habría en que los Agentes Fiscales Letrados asesoraran á los Intendentes en las cuestiones legales á que se refiere la consulta y otras de índole análoga, legalmente los Agentes Fiscales Letrados no son asesores obligados de la Junta y así se declara por resolución de junio 22 de 1905 en una consulta de la de Colonia: A) porque aún cuando aquellos funcionarios ejerzan en el departamento en que existan, las funciones atribuidas á los Fiscales de Estado, dichas funciones se refieren á las causas que son de competencia de los Jueces Letrados Departamentales (Código de Procedimiento Civil, art. 128) es decir á las causas judiciales que se ventilan ante dicho magistrado y en las cuales intervienen aquéllos accesoriamente (Código de Procedimiento Civil, parte primera, título 2.º, capítulo I)—y, B) porque aún cuando los mencionados Agentes Fiscales en sus funciones de Ministerio público y fiscal están obligados á intervenir en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente su audiencia ó intervención (Código de Procedimiento Civil, artículo 134)—no existen en lo que se refiere á las Juntas Económico-Administrativas otras disposiciones expresas relativas á la intervención de aquellos funcionarios en los asuntos de

éstas, que la de los artículos 12; incisos 10 y 19 y artículos 16 y 44 de la ley de 10 de julio de 1903;—2.º Que la limitación de funciones y obligaciones debe entenderse sin perjuicio de que los Fiscales en las cuestiones en que por precepto legal debe representar á las Juntas, puedan ser consultados por éstas y también de que en algunos casos facultativamente se presten á asesorar á ellas y á los Intendentes en la parte legal para el mejor desempeño de sus tareas ó de la defensa de los intereses municipales, etc.,—

SE RESUELVE

1.º Declarar que los Agentes Fiscales no están obligados legalmente á desempeñar las funciones de asesores de las Juntas ni de los Intendentes, pero que lo están respecto de las cuestiones en que por precepto legal deben defender al Municipio, y pueden serlo facultativamente ó voluntariamente para auxiliar á la Junta y á los Intendentes en la forma y caso á que se refiere el último Considerando.

2.º Que se comunique, inserte y publique.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Decreto prescribiendo el registro ó escrituración en las Oficinas Actuarias de los Juzgados L. Departamentales, de los actos que en el presente se enumeran.

Ministerio del Interior.

Montevideo, 24 de mayo de 1909.

El Poder Ejecutivo, en uso de la facultad que le acuerda el artículo 16 de la Ley de Presupuesto vigente (del 29 de julio de 1908),

DECRETA:

Artículo 1.º Desde el día 1.º de julio del corriente año será obligatorio el registro ó escrituración en los protocolos de las Oficinas Actuarias de los Juzgados Letrados Departamentales (con excepción del de Montevideo), de los siguientes actos:

- A) Toda compra, hipoteca, permuta, expropiación y fianzas á favor del Estado, el Municipio, ó las corporaciones y oficinas públicas departamentales, ó que puedan estar legalmente representados en ella;
- B) Todo contrato de concesión de ferrocarriles, tranvías, aguas corrientes, cloacas, mercados, servicio de alumbrado, y otros semejantes; la ampliación, modificación, rescisión, etc., de dichos contratos que se otorguen en virtud de leyes generales ó especiales;
- C) Todas las concesiones de privilegios ó primas á industriales, ó servicios de carácter local, aprovechamiento de bienes municipales ó de uso público y semejantes;
- D) Todo contrato de obras públicas del Estado ó del Municipio.
- E) Todo contrato de proveeduría que exceda de doscientos pesos anuales.
- F) Toda enajenación de bienes municipales, salvo el caso de oposición del adquirente.

G) Todo contrato, protocolización ó acto en que la escrituración en dichos protocolos se determine por ley, decreto ó convenio de las partes.

Art. 2.º Será aplicado por los Escribanos Actuarios Departamentales el arancel vigente para todas las Escribanías, en cuanto no sea contrario á disposiciones del presente decreto.

Art. 3.º Fuera del caso de compra por el Estado ó el Municipio y los de excepción justificada por el respectivo decreto ó contrato, ó en disposiciones de carácter general (como lo relativo á las enajenaciones de terrenos municipales á persona que goce del beneficio de pobreza), los gastos de escrituración serán pagados totalmente por los particulares.

En los casos de permuta, los particulares pagarán la mitad de los honorarios de escrituración y la totalidad de los gastos, quedando en todos los casos exonerado el Estado y las oficinas de su dependencia de toda clase de gasto por concepto de certificados, sellado y timbres.

Art. 5.º El cobro de toda escritura se hará efectivo antes de la firma.

Art. 6.º Los escribanos que no perciban sueldo del Estado percibirán como honorarios por las escrituras á que se refiere este decreto, el 30 % del importe, y el resto, ó sea el 70 % lo verterán mensualmente en las Administraciones Departamentales de Rentas, acompañando una relación en la que constarán todas las escrituras firmadas en la semana, con especificación del importe cobrado ó de la razón por qué no se ha percibido (cuando se trate de escrituras exceptuadas, etc.) é igual relación circunstanciada remitirán mensualmente al Ministerio para ser pasada á la Contaduría General.

Art. 7.º En el libro de entradas que llevará la Escribanía para constancia de los proventos, se anotarán solamente las escrituras cuyo importe haya sido percibido, con la fecha y demás referencias pertinentes al respectivo protocolo. Dicho libro será dado y rubricado por la Contaduría General, y revisado periódicamente por el Administrador de Rentas ó un Inspector de la Contaduría General del Estado.

Art. 8.º Comuníquese, publíquese é insértese en el L. C.

WILLIMAN
JOSÉ ESPALTER.

Jurisprudencia extranjera

Obligaciones con cláusula penal. — Los efectos retroactivos de la pena en lo favorable no alcanzan á la devolución de las cantidades legítimamente percibidas por el acreedor.

Con fecha 24 del pasado mes de marzo, el Tribunal Supremo de Madrid ha pronunciado una sentencia, dando lugar á la casación de la que dictó la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia territorial, confirmando la del Juzgado de primera instancia de la Latina de la Corte, en el juicio declarativo seguido por don Julio de la Escosura contra don Manuel García Gutiérrez, sobre liquidación de un préstamo y devolución de cantidades cobradas en concepto de intereses hasta que de una vez se devolviese la suma prestada.

De los hechos de este asunto resulta que en junio de 1885 otorgó don Julio de la Escosura y otro un contrato de préstamo, constante en 25 pagarés, de 250 pesetas cada uno, con vencimiento al 30 de septiembre inmediato, obligándose, caso de demora, a pagar el 5 por 100 mensual de intereses.

Seguida luego ejecución, se dictó sentencia de remate en junio de 1890, y se llevó a efecto la retención de la parte legal de los sueldos de Escosura y el otro coobligado.

Practicada liquidación, el capital ascendió á 6,250 pesetas, los intereses á 20,760 y las costas á 1,357; en total, 28,367 pesetas.

En 1906, á instancia de Escosura, se hizo liquidación de lo percibido por el acreedor, que es algo más de 14,000 pesetas; y siendo los intereses devengados por el préstamo en marzo de 1907 de 80,395 pesetas y las costas 1,443, resulta debiendo 73,720 pesetas.

En junio de 1907 dedujo Escosura demanda para que se declarase que el interés de 5 por 100 mensual es una sanción penal que debe moderarse hasta el tipo de un 8 por 100 anual, y que las cantidades satisfechas se apliquen: primero, al pago de ese interés; segundo, al capital de 6,250 pesetas, y tercero, á satisfacer las costas, devolviendo el resto á Escosura.

El Juzgado de la Latina, en sentencia confirmada, según hemos dicho, por la de la Audiencia, accedió á la súplica de la demanda en todas sus partes y mandó practicar liquidación, diciendo: «y si está satisfecho por todos conceptos el crédito, se alce la retención, devolviéndose el sobrante que hubiere en Caja al deudor, y por el acreedor lo que hubiere percibido por exceso».

De los cuatro motivos alegados para la casación, el cuarto, que se ha aceptado por el Supremo, dice así: Que la sentencia dispone—dando un efecto retroactivo que ninguna ley permite y que infringe el artículo 1154 del Código Civil—que si resultase satisfecho el crédito devuelva el acreedor lo que hubiese percibido por exceso, y si bien esa parte de la sentencia no está fundada, viola: 1.º el artículo 1755 del Código Civil, al desconocer la existencia del pacto de intereses; 2.º el 1756, que impide al prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, reclamarlos después, ni imputarlos al capital; 3.º el artículo 1160, que dispone no hay repetición contra el acreedor que hubiese gastado ó consumido de buena fe el dinero recibido; y 4.º el artículo 1895, que solamente autoriza la obligación de devolver lo que no hay derecho á cobrar, y aquí lo cobrado lo ha sido con perfecto derecho y entregado por los deudores en virtud de sentencia firme.

Los considerandos y parte dispositiva de la sentencia de casación, de la que ha sido ponente el Magistrado don Luciano Obaya, y abogado del recurrente, don Joaquín Ruiz Jiménez, son del tenor siguiente:

«Considerando: que todo el grupo de infracciones alegadas en los dos primeros motivos del recurso, parte del supuesto de que el 5 por 100 de interés mensual, pactado para el caso de que el deudor incurriera en mora, en cuanto al reintegro á su debido tiempo del capital prestado, no tenía el carácter de cláusula penal, sino de condición del contrato perfectamente lícita, libremente convenida y obligatoria en toda su extensión é integridad; mas como quiera que el Tribunal sentenciador, sin desconocer la validez de la expresada cláusula, estima por el contrario que es realmente penal, y dados sus términos y eventualidad, es racional entender como se consigna en la sentencia recurrida, que el señalamiento de tan crecidos intereses se hizo

principalmente por el acreedor para apremiar por semejante procedimiento al deudor al reintegro del capital prestado, es visto que en este sentido y aspecto no procede la casación de la sentencia por dichos motivos, ya que como tiene declarado este Tribunal Supremo, no es preciso que se exprese terminantemente que determinada condición se establece con objeto penal, si por sus términos y alcance reviste realmente dicho carácter, y porque en tal supuesto la aplicación del precepto del artículo 1154 del Código, es perfectamente compatible con todos los demás que como infringingos se invocan en dichos dos primeros motivos;

«Considerando: que tampoco se puede estimar la infracción de dicho artículo porque en el caso actual no resulta cumplida la obligación principal, ni en parte ni irregularmente como se alega en el tercer motivo; puesto que la aplicación que hasta el presente se ha venido dando á las retenciones de sueldo del deudor, demuestran precisamente lo contrario, así como los procedimientos empleados al efecto; y porque la circunstancia de que con el importe de aquélla se haya atendido al pago de los intereses que el deudor entendía, condición ordinaria de la obligación principal, revela y patentiza este mismo cumplimiento de un pacto de la obligación principal, aun cuando fuera irregularmente realizado;

«Considerando: respecto del cuarto y último motivo, que si bien por los términos absolutos que informan el precepto del artículo 1154 y principio de derecho aplicable á toda clase de pena en cuanto á sus efectos retroactivos, en lo favorable, procede la aplicación de aquél, como entiende el Tribunal sentenciador para la liquidación de lo pagado y determinación del saldo respectivo, tal efecto retroactivo no puede llevarse al extremo de imponer al acreedor la obligación de devolver en su caso el que en contra suya resultare, porque estando hasta ahora legítimamente cobradas las cantidades adeudadas por el obligado, habría infracción notoria de los preceptos reguladores del pago de lo indebido, procediendo consiguientemente la casación de la sentencia sólo cuando por ella se manda que el acreedor don Manuel García Gutiérrez devuelva á don Julio de la Escosura el sobrante si lo hubiere, de lo que hubiese percibido con exceso, según el resultado de la liquidación sobre las bases acordadas,—

«Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Manuel García Gutiérrez, sólo por el motivo cuarto, y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 12 de junio de 1908 dictó la Sala 1.ª de lo civil de la Audiencia territorial de esta Corte, únicamente en cuanto la misma condena al expresado García Gutiérrez, á la devolución de la cantidad que hubiese percibido con exceso, y devuélvase el depósito constituido».

Por los fundamentos de hecho y de derecho consignados en la sentencia de casación que precede,

Fallamos que debemos declarar y declaramos: que cualquiera que sea el resultado de la liquidación que haya de practicarse, el acreedor don Manuel García Gutiérrez no está obligado á la devolución de cantidad alguna al deudor por razón de los intereses penales legítimamente percibidos hasta ahora; sin hacer expresa condena de costas, y con la oportuna certificación, devuélvase á la Audiencia de esta Corte el apuntamiento que ha remitido.

Nulidad de póliza de seguros. No puede considerarse una sociedad mutua, —cuyo carácter distintivo es el de administrarse por los mismos asegurados, los únicos que deben repartirse los beneficios,— una institución en que los asegurados fueron excluidos de la gestión de los negocios sociales y en que los administradores se repartían enormes beneficios y disponían de los fondos sociales en su exclusivo provecho.

El Tribunal de comercio del Departamento del Sena, en Francia, ha anulado una póliza emitida en el año 1887 por la Sociedad de seguros «La Equitativa» de los Estados Unidos, condenando á la Compañía al reembolso de las primas con los intereses correspondientes y al pago de 80,000 pesetas por daños y perjuicios al asegurado.

El motivo de la nulidad se basa en que el asegurado demandante contrató con error, al que se le indujo por las promesas de un agente de la sociedad aseguradora que lo instó para que se asegurase en aquella Compañía por la vida entera, con participación de beneficios de vida en veinte primas, durante veinte años; manifestándole además que operaba sobre la base de la mutualidad, es decir, con la intervención y en provecho de los asegurados.

Los fundamentos doctrinales de la sentencia son muy substanciales; dicen así:

«Considerando que, en los documentos de la causa, tales como circulares, folletos, prospectos, cartas, consta que la *Equitable* de los Estados Unidos (art. 6.º de sus Estatutos), que operaba bajo la base de «La mutualidad», reuniendo únicamente un capital de 500,000 francos suscripto por sus accionistas, con un interés máximo de 7 %, y repartiendo el restante de los beneficios á los asegurados;

«Que el carácter distintivo de toda sociedad mutua es de que se administra por los mismos asegurados, los únicos entre quienes deben repartirse los beneficios;

«Que á pesar de estas declaraciones escritas y de la autorización acordada en los estatutos de admitir como administradores á algunos de los asegurados, no fueron aceptados hasta 1905, es decir, cuarenta y seis años después de fundada la Compañía, y á consecuencia de una discusión entre el Presidente y el Vicepresidente se pidió la mutualización; que en oposición á los principios primordiales de las sociedades mutuas, los asegurados fueron así excluidos de la gestión de los negocios sociales; que de los documentos presentados, de los debates y de los extractos del informe oficial dirigido el 20 de julio de 1906 á la Comisión del Senado de los Estados Unidos relativos á «La Equitativa», resulta que esta sociedad estaba administrada por un grupo de financieros, que disponían de los fondos sociales en provecho de los accionistas y en perjuicio de los asegurados;

«Que en la Compañía «La Equitativa» de los Estados Unidos, los dos Presidentes en funciones se concedían á sí mismos sueldos de medio millón de pesetas cada uno, y otros trece funcionarios cobraban en 1905 más de dos millones; que, violando los estatutos, los administradores empleaban los fondos sociales en especulaciones de *trusts* en que estaban interesados; que estos administradores mantenían los *trusts* con el dinero de los asegurados; que alquilaban los edificios propiedad de «La Equitativa» á sociedades filiales en condiciones inferiores al tipo normal de los arriendos; que por las transfe-

rencias que operaba el Consejo de Administración se falsificaban los factores de los balances; que, en realidad, «La Equitativa», bajo las apariencias de mutualidad, era una Compañía anónima administrada, contra lo que preceptuaban sus propios estatutos, por un Consejo cuyo único fin era el enriquecerse por medio de operaciones censurables y peligrosas, que han disminuído la parte de los beneficios que correspondía á los asegurados».

Infracciones de la Ley de Caza en Francia. Responde del envío por ferrocarril de caza prohibida, —cuando la pieza, aunque cazada en un departamento en que la caza estaba permitida, es enviada á otro en que no lo estaba,— la empresa ferroviaria y no el expedidor.

Un propietario de Chastel Nouvel (Lozère), expidió en el mes de enero último una liebre á uno de sus amigos, habitante en París. La liebre fué aceptada sin ninguna objeción en la estación de Mende, entregándose recibo de la misma al expedidor.

Algunos días después el propietario que hizo el regalo recibió una citación para comparecer ante el Tribunal correccional de Mende, á fin de responder del delito de caza en tiempo prohibido. La veda, fijada el 31 de enero para el departamento de Lozère, se había verificado el 3 del mismo mes, en el del Sena. De manera que si bien la liebre había podido ser cazada en el primero de dichos departamentos en el momento de la expedición, no podía serlo en el segundo.

De ahí la intervención judicial.

Ante los jueces de Mende se presentó la cuestión siguiente:

¿Quién es el responsable del delito?

—M. Grousset, expedidor—decía, textos en mano, el Fiscal.

—Nada de eso—replicaba la defensa.—Monsieur Grousset ignoraba que había veda en el Sena. Declaró la liebre en la estación expedidora. No ha buscado, por lo tanto, el engañar á la Administración. Si en este asunto hay un responsable, no puede ser más que la Compañía del Mediodía, la cual no debía ignorar la existencia de la veda desde el 3 de enero en París, y la cual, por consiguiente, debió rechazar la liebre.

Esta tesis es la que ha adoptado el Tribunal. Aceptando encargarse del transporte de una liebre de un departamento donde la caza estaba aún abierta, á otro donde estaba cerrada, la Compañía de ferrocarriles ha faltado á los reglamentos sobre la materia, y M. Grousset ha sido absuelto.

No incurre en el delito de defraudación el que, obligado por fuerza moral irresistible, vende una carga de avena que debía entregar como simple acarreador, para obtener los medios de atender una hija gravemente enferma, y con el propósito de restituirla luego, como lo hizo.

Publicamos á continuación, tomado de la «Revista del Notariado», de Buenos Aires, la siguiente sentencia que encierra consideraciones fundamentales de elevado inte-

rés, dictada en un juicio seguido en la Provincia de Buenos Aires.

Mercedes, agosto 17 de 1908.

Y vistos estos autos seguidos contra Francisco Moyano, argentino, de 34 años de edad, casado, carrero, domiciliado en 9 de Julio, cuyas demás circunstancias personales se encuentran á fs. 12, por defraudación á José Jacarini, de cuyos autos—

Resultado: Primero: Que á fs. 2 figura una denuncia hecha ante la policía de 9 de Julio en la que se expresa, que el día 18 de marzo del corriente año, se presentó José Jacarini exponiendo: Que el carrero Francisco Moyano, cargó el día 6 de marzo, en su chacra, 70 bolsas de avena consignadas á la casa de Vicente Ibáñez en la estación «French», cuyas bolsas hasta la fecha de la denuncia no habían sido entregadas á la casa destinataria sin que el carrero hubiera vuelto á la chacra del denunciante, estimando el valor de la avena en 192 pesos moneda nacional;

Segundo: Que detenido Francisco Moyano, prestó indagatoria á fs. 3, rectificándose en lo dicho y ampliando dicha diligencia á fs. 10;

Tercero: Que á fs. 5 v., 6 v., 17 v. y 42 se encuentran las declaraciones de los que como testigos han declarado en esta causa y á fs. 28 un auto por el que se manda dejar sin efecto la captura de Genaro Rodríguez, sospechado de cómplice de Moyano;

Cuarto: Que recibida la causa á prueba por el auto de fs. 37, se produjo la que instruye el certificado de fs. 44;

Quinto: Que á fs. 32 se expidió el Ministerio Público sosteniendo: Que el procesado Moyano confiesa que el 6 de marzo del corriente año, cargó su carro con 64 bolsas de avena de propiedad de José Jacarini, de las que vendió 61 el día 10, en la casa de Pelay, por 132 pesos con cincuenta centavos; que lo hizo apremiado por la enfermedad grave de una hija y no con intención de defraudar á Jacarini; que tales excusas no son admitidas ni encuadran en el artículo 81 del Código Penal; que media en favor del encausado, según doctrina de nuestros Tribunales, la atenuante del artículo 83 inciso 6, por haber el dueño recuperado las bolsas de avena, y formulando la acusación contra el procesado pide se le condene á un año y seis meses de prisión de acuerdo con el artículo 203 inciso 6 del Código Penal y 23 inciso 1.º de la Ley de Reformas; y la defensa á fs. 34 sostiene que no hay defraudación porque faltan los elementos constitutivos del delito, que el proceso destruye la presunción de intención criminal, que no hubo apropiación, que Moyano como depositario de cosas fungibles cumplió su obligación devolviendo cosas de la misma especie, ó sea las bolsas de avena que recibió el denunciante, pidiendo en consecuencia la absolución de su defendido; y

Considerando: Primero: Que está probado en autos, de acuerdo con el artículo 485 del Código de Procedimientos Criminales, por la propia confesión del encausado, concordante con la denuncia de fs. 2, que Francisco Moyano cargó en la chacra de José Jacarini 64 bolsas de avena y en lugar de llevarlas á su destino como acarreador, vendió 61 bolsas en la casa de Pelay, por pesos 132.50 moneda nacional;

Segundo: Que de la confesión del encausado, que es indivisible de acuerdo con el artículo 487 del Código Procesal citado, porque su verdad está corroborada por la prueba testimonial, resulta que marchando Moyano con su carro al destino que tenía su carga, recibió de improviso un chasque que le hacía saber que una de sus hijas estaba gravemente enferma ó muerta, resolviendo

en consecuencia tomar la dirección de su casa y vender la avena para hacerse de recursos que le eran de urgente necesidad para atender á las erogaciones indispensables en la situación en que le colocaba el estado de su hija, disponiendo en seguida como también se prueba en autos, comisionar á Andrés Bulpone para que comprara igual cantidad de avena, para reponer la vendida y repónrlela á su dueño, como en efecto se hizo (declaración de fs. 17 v.) concordante con la indagatoria de fs. 10;

Tercero: Que planteados así los hechos, como la expresión de la verdad que arroja el proceso, se suscitan dos cuestiones que exigen soluciones por separado, siendo la primera determinar si concurren ó no en el hecho imputado á Moyano, los elementos que constituyen el delito de defraudación, que motiva la acusación fiscal, y la segunda si supuesto el delito, Moyano estaba en lo que jurídicamente se llama *necesidad en el delito*;

Cuarto: Que por lo que hace á la primera cuestión, no hay defraudación cuando no hay apropiación de bienes ajenos, y en el caso *sub judice* todo lo que resulta es que el procesado vendió la avena que tenía en el carro, sustituyéndola por igual cantidad, por la compra hecha por su cuenta en casa de Pelay, para ser entregada por su orden al denunciante, sin que haya habido secuestro, pues éste no existe cuando esto se hace en objetos ya destinados de antemano á ser entregados al que solicita aquella diligencia. De manera que, falto de intención criminal y sin apropiación, no puede existir el delito del artículo 203 del Código Penal, según doctrina uniforme de todos los criminalistas (véase Garrand, tomo 5, número 2283; Blanch, tomo 6, número 406);

Quinto: Que aún en el supuesto de que Moyano hubiera cometido el delito, surge la segunda cuestión enunciada, ó sea si cuando vendió las bolsas de avena lo hizo en estado de necesidad y si esta circunstancia tiene el alcance de una eximente;

Sexto: Que la necesidad en el delito ha sido admitida, tanto por las leyes antiguas como por las modernas que nos rigen en la actualidad.

Las leyes de la India en el Manú declaraban que estaba justificada la muerte de un semejante cuando su autor había sido impulsado por el hambre, para alimentarse con el cadáver. Michelet en los Orígenes del Derecho Francés, dice: «Que el que toma dos cañas de azúcar ó dos racimos de una uva de campo ajeno obligado por la necesidad de alimentarse, no estaba obligado á pagar ninguna multa». Pasando de las leyes del Manú á las leyes de Moisés, encontramos en la Biblia que no se consideraba como delito satisfacer el hambre comiendo en la viña sembrados ajenos, uvas ó trigo. El Derecho Romano reconoció la necesidad como excusa; el Derecho Germánico y de los bárbaros contienen en diversas formas vulgarizado el proverbio: «La necesidad no tiene ley», y aproximándonos á tiempos más modernos, nos encontramos con iguales principios consagrados por los teólogos y el Derecho Canónico, como aquel que dice: *Necessitas facit licitum quod alias de jure non est licitum actum* que alias *improbissimum probabilem reddit*, y con las leyes de Partidas como la que autorizaba al padre á vender á su hijo en caso de necesidad y la que justificaba el homicidio necesario, doctrina y principios reasumidos y compendiados en el artículo 81 de nuestro Código Penal vigente. (Véase Manú, VIII 104. XXI 16-21; Deuteronomio XXIII 24-25, XXIV 19-21; Digesto, libro 9, tit. 2, part. 4 L. T.; Barbosa, ver «Necessitas», núm. 21, ley 8, título 17, partida 4, leyes 2 y 3, título 8, Partida 7 y artículo 81 del Código Penal).

De manera que, resultando de autos, que Moyano pro-

cedió impulsado por la necesidad extrema de socorrer á su hija moribunda, no puede desconocerse que la venta de la avena no fué sugerida por un móvil delictuoso, para apropiarse de lo ajeno, sino arrastrado por la necesidad en que se encontró, cuando tomado de improviso y en forma inesperada, el chasque le notificó que su hija se moría, disponiendo entonces de lo que más encontró á la mano, como recurso indispensable para remediar el mal.

El capitán que arreja al mar la carga ajena para salvar su buque, la mujer honesta que sorprendida en su lecho por un incendio huye desnuda y se apodera de ropas ajenas para defender el pudor, el que huyendo de un asesino derriba la puerta y penetra en morada ajena para salvarse, y otros tantos casos semejantes, nos enseñan otros tantos delitos que la necesidad excusa y á cuyos autores no se les podría condenar porque nuestro Código Penal en el artículo 81 nos dice: *que está exento de pena el que procedió violentado por fuerza física ó moral irresistible*;

Séptimo: Que la más amplia prueba de que fué la necesidad la que impulsó á Moyano á vender la avena de Jacarini que tenía en su carro, al recibir la inesperada y alarmante noticia del estado peligroso y gravísimo de su hija, es la orden que él mismo dió á Bulpone para que comprase la misma cantidad de avena vendida y la entregara á su dueño, hecho que aleja por completo la presunción de que el ánimo ó la intención del procesado fué la de defraudar al denunciante.

Dice Sesmet:

«La primera y más importante de las condiciones de la necesidad es que uno se encuentre en presencia de un conflicto de bienes y de deberes que caracterizan el estado de necesidad.» «Es necesario, pues, que el autor del delito se encuentre en una alternativa fatal de cometer un delito ó de sufrir un mal, cuyo mal sólo podría evitarse cometiendo el delito.»

Moyano se encontró con su hija gravemente enferma ó muerta, sin tener con qué atenderla ó sepultarla, y ante este mal inmediato, ó vender la avena para restituirla después, como lo hizo, se resolvió á venderla, como medio más expeditivo y rápido para reparar el mal realizando un acto cuyos resultados no podían irrogar perjuicios, por la forma y los medios de que él mismo se sirvió para evitarlos, sin que pueda desestimarse tampoco la consideración de que el espíritu humano, sorprendido por una desgracia, atribuye fácilmente á sus semejantes sentimientos altruistas, prontos siempre á disculpar incorrecciones ó faltas producidas por aquélla, hasta creer en el consentimiento tácito prestado así, á actos irregulares;

Octavo: Que esta doctrina tiene la sanción de múltiples tribunales. El juez Magnaud absolvió á la joven Menard, que hurtó un pan, impulsada por el hambre que comprometía la existencia de la madre y de su hijo.

El Tribunal Superior confirmó esta sentencia, y el profesor Ferri ha relacionado en una de sus primeras conferencias en la Capital el caso análogo ocurrido en Inglaterra á propósito del hurto de alimentos cometido por un hambriento; y si bien es muy cierto que en estas dos causas, el móvil del delito fué el instinto de la propia conservación, ni los códigos ni la conciencia humana han puesto al alcance del juez el cartabón con que haya de medirse y diferenciarse la necesidad producida por hambre, de la que sufre un padre en presencia de una hija moribunda ó ya cadáver, sin los medios indispensables para prestarle asistencia y darle sepultura.

Por estos fundamentos, en mérito de las disposiciones legales recordadas, de acuerdo en lo pertinente con la de-

fensa y no obstante el dictamen del señor Agente Fiscal, fallo definitivamente esta causa absolviendo libremente á Francisco Moyano por el delito de defraudación por el que ha sido procesado; disponiendo en consecuencia sea puesto en libertad bajo la vigilancia de la autoridad, de acuerdo con el artículo 757 del Código de Procedimientos Criminales. Librense los oficios necesarios. Hágase saber á quienes corresponda y archívese.—Firma:—REMIGIO MOLINAS—José C. Rodríguez.

CRÓNICA

EL DERECHO Á LA HUELGA Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Es conocida la tendencia general de las clases obreras á tratar de conseguir el reconocimiento pleno del derecho nuevamente creado á la cesación de trabajo, á la huelga. Las reivindicaciones obreras últimamente realizadas; la campaña eficaz desenvuelta por los agitadores; la confianza que el conocimiento de la fuerza colectiva les ha proporcionado, ha hecho crecer cada vez más sus esfuerzos para obtener el mejoramiento de la situación económica y alcanzar el reconocimiento de sus legítimos derechos.

Ha tocado el turno esta vez á los funcionarios públicos de reclamar el derecho á la cesación del trabajo. Y en este caso, con más intensidad que en otro cualquiera, cuenta la multitud de los empleados públicos con la fuerza poderosa que le da el considerable número, suficiente para imponerse á los gobiernos y hacerse reconocer esta nueva y audaz reivindicación. Se comprende perfectamente que la cuestión ofrezca suma gravedad. Reconocido el derecho que pretenden obtener los empleados públicos, es fácil darse cuenta que ello implicaría un peligro evidente para el Estado. Si los funcionarios públicos gozan del derecho de declarar la cesación, el paro del trabajo, sin que el uso de ese derecho legítimo, pueda dar origen á destituciones, ni medida alguna de oposición al movimiento,—puesto que no podría sancionarse con ninguna pena lo que sólo es el uso de un derecho,—es indiscutible que ese cese de trabajo daría lugar á una paralización tan perjudicial como peligrosa del complejo mecanismo que determina el funcionamiento necesario y regular de un Estado. Estaría en realidad en manos de los funcionarios públicos, el perturbar la marcha de las instituciones políticas cuando mejor les pluguiere. Sería un arma tan poderosa y temible, que el Estado quedaría subordinado á su influencia nefasta.

Los países europeos se han ocupado ya de la cuestión. El reino de Italia dictó una ley especial sobre el estado jurídico de los empleados públicos, en junio de 1908, en la que se establecía la aplicación estricta de las leyes penales que castigan el abandono arbitrario del empleo, y en la que se condena explícitamente con la destitución, al que interrumpa ó perturbe la continuidad y regularidad de los negocios públicos.

Antes de esta ley, ya se habían sancionado disposiciones análogas respecto de los empleados de los ferrocarriles.

En Francia, han asumido de un tiempo á esta parte

los funcionarios públicos una actitud francamente belicosa. La Confederación General del Trabajo, convocó á una gran asamblea á los sindicatos adherentes, y de ella han salido las más claras proclamas á la revuelta y á la obtención por todos los medios, del derecho al cese del trabajo.

El 1.º de abril del corriente año, el Comité de estudio de las asociaciones de funcionarios se reunió y ha venido á dibujar con más precisión, lo que ya se comenzó á vislumbrar después del paro general telegráfico-postal últimamente realizado: la tendencia á acercarse á los obreros y trabajadores; dejar de formar una clase separada y confundirse, en medio de fuertes asociaciones sindicales, con las aspiraciones y reivindicaciones de las clases obreras. De este modo, los funcionarios públicos se unen, estrechan sus filas y se lanzan resueltamente á la consecución de las mejoras á que creen tener derecho.

MEDIDAS CONTRA EL DUELO

Acaba de constituirse en Francia, con sede en París, una Liga contra el duelo.

Los fines fundamentales que se propone alcanzar la asociación son:

1.º Procurar á todos aquellos que rechazan el duelo como solución de sus conflictos, la intervención de un jurado de honor que entenderá en todas las cuestiones de ese carácter;

2.º Obtener el mayor número de adherentes, llamando á contribuir en la obra á todas las personas, sin distinción de ideas políticas ni religiosas;

3.º Colocar en sus verdaderos fundamentos la noción del honor entre el público, tan absurdamente falseados, y que son: la verdad, el derecho, la justicia y el respeto mutuo; y de ninguna manera un combate singular, cuyo resultado es la obra del azar, ó queda sometida á una cualidad de orden únicamente físico.

Con esta Liga, ya son varias las instituciones de la misma índole formadas en Europa con el fin de propender á la supresión de esa bárbara costumbre que, á pesar de su absoluta sinrazón de ser, se mantiene en las sociedades modernas en pleno vigor por la fuerza del hábito y de los prejuicios sociales.

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 19--AÑO XV

DEL DAÑO SUFRIDO EN SERVICIO DE OTRO, por M. Georges Dereux, pág. 239.

JURISPRUDENCIA:

Es improcedente la oposición del actor en un juicio, á que uno de los codemandados absuelva posiciones que le fueron puestas por el otro colitigante.

El artículo 437 del Código de Procedimiento Civil autoriza á la parte para interrogar á su adversario, por lo que el codemandado podría negarse á contestar el interrogatorio;—pero el actor no puede oponerse á que sean absueltas las posiciones,

desde que no le puede irrogar perjuicio y si beneficiar, pág. 291.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

En el precio del empedrado de una calle, para el pago que deben realizar los propietarios colindantes, no deben comprenderse ni el valor de los desmontes, ni el de los terraplenes ú otros cualesquiera que se efectuaren para la pavimentación de la vía de tránsito.

El decreto-ley de 1877 pone á cargo de los propietarios el empedrado de las calles, y por empedrado no puede entenderse sino el afirmado de piedra, cualquiera que fuere su clase, pág. 293.

Resolución recaída en el expediente de don Arturo Menck sobre pago de empedrado en la ciudad de Montevideo, pág. 295.

Resolución aprobatoria del procedimiento municipal, respecto al ochavamiento de un edificio en construcción en la calle 25 de Mayo, pág. 296.

Por el hecho de realizar refacciones en las aberturas exteriores de un edificio, aumentando su altura, no se justifica la aplicación del artículo 16 de la ley del 8 de julio de 1885, que ordena el ochavamiento de las esquinas que se edifiquen, reedifiquen ó refaccionen con frente á calles de menos de 17 metros de ancho.

Esas reparaciones son de simple ornato ó, á lo más, mejoras voluntarias que se hallan comprendidas en la precitada ley, pág. 297.

LEGISLACIÓN:

Resolución explicativa respecto á las funciones de Agentes Fiscales, como defensores de los intereses del Municipio y á sus servicios voluntarios de asesores de las Juntas Económicas ó Intendencias Municipales, pág. 298.

Decreto prescribiendo el registro de escrituración en las Oficinas Actuarias de los Juzgados L. Departamentales, de los actos que en el presente se enumeran, pág. 299.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

Obligaciones con cláusula penal.—Los efectos retroactivos de la pena en lo favorable no alcanzan á la devolución de las cantidades legítimamente percibidas por el acreedor, pág. 299.

Nullidad de pólizas de seguros. No puede considerarse una sociedad mutua,—cuyo carácter distintivo es el de administrarse por los mismos asegurados, los únicos que deben repartirse los beneficios,—una institución en que los asegurados fueron excluidos de la gestión de los negocios sociales y en que los administradores se repartían enormes beneficios y disponían de los fondos sociales en su exclusivo provecho, pág. 301.

Infracciones de la Ley de Caza en Francia. Responde del envío por ferrocarril de caza prohibida,—cuando la pieza, aunque cazada en un departamento en que la caza estaba permitida, es enviada á otro en que no lo estaba,—la empresa ferroviaria y no el expedidor, pág. 301.

No incurre en el delito de defraudación el que, obligado por fuerza moral irresistible, vende una carga de avena que debía entregar como simple acreedor, para obtener los medios de atender una hija gravemente enferma, y con el propósito de restituirla luego, como lo hizo, pág. 301.

CRÓNICA:

El derecho á la huelga y los funcionarios públicos, pág. 303.

Medidas contra el duelo, pág. 304.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Constan, Juan (B. Aires).
» Cubillo, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaidi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Percyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José F.
» Ramasso, Ambrosio, Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Willman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, num. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 30 DE JUNIO DE 1909

NUMERO 20

El doctor Manuel Herrero y Espinosa

✱ en esta ciudad el 23 del corriente

Al dejar para siempre los restos del doctor Herrero y Espinosa en la fría mansión de los muertos, muchas y muy elocuentes voces se hicieron oír en justa alabanza de las brillantes dotes que perfilaron al ilustre caído. Era la despedida que correspondía á ese espíritu selecto que fué una personalidad descolante y cuya desaparición constituyó una desgracia nacional.

La patria, á la cual tanto amó, viste de luto; y con ella, las letras, la oratoria, el derecho, la virtud se conmovieron al notar el claro dejado por uno de sus cultores más conspicuos, uno de sus caballeros más esforzados.

La protesta contra la muerte—ciega en su elección—se ha manifestado clamorosa en toda la extensión de la República, porque la vida del doctor Herrero era por muchos conceptos necesaria, por lo que de ella se esperaba, y por muchos conceptos querida por el bien que había sembrado.

En nuestro Foro, ocupaba el doctor Herrero uno de los más altos sitials, al que había llegado á fuerza de estudio, de rectitud y de proceder jamás sospechados; im-

puesto como modelo de desinterés y amor á la justicia, y por ofrecerse siempre como amparo al débil, al que acogía con esa nobleza que se notaba en su dulce mirada y que constituía una de sus más hermosas características.

Su actuación forense se destacó invariablemente por una cultura digna de la profesión de abogado, que ejercía como lo enseñaban los antiguos maestros. Tenía un estilo que cautivaba por su corrección y elegancia, adornando una argumentación erudita y profunda. Sin abandonar la moderación y el respeto por las sinceras opiniones ajenas, propias de las luchas judiciales, era severo en sus juicios.

El Foro de la República ha perdido uno de sus más altos exponentes; uno de los que más noblemente practicaban la ciencia del Derecho. Su vida de profesional siempre podrá ser señalada como patrón á que debe ajustar su conducta quien ejerza «un cargo tan grande y tan sagrado» como, al decir de Teodosio, es el de los abogados.

Su inteligencia privilegiada le permitió brillar en los consejos de Gobierno, en las contiendas parlamentarias, en la cátedra universitaria, en la prensa y en el campo de la literatura, dejando en todos lados la huella luminosa de un cerebro poderoso y bien equilibrado y un gran corazón, puestos invariablemente al servicio de altos ideales.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, que siempre tuvo en el doctor Herrero un verdadero amigo que con palabra bondadosa le pro-

digaba estímulos,—que no abundan,—para seguir adelante en la tarea que desempeña, se asocia al duelo general;—y el que estas líneas escribe, que gozó del honor y del placer de ser admitido á su amistad, une sus lágrimas á las muchas que tan justamente ha producido la prematura muerte de tan preclaro compatriota.

DANIEL GARCÍA ACEVEDO.

JURISPRUDENCIA

Las tierras que han sido poseídas por determinadas personas en calidad de colonos con anterioridad al año 1793, han salido del dominio fiscal, de acuerdo con la ley de marzo 17 de 1831 y el artículo 1168 del Código Civil.

El hecho del canon es la prueba documentada de la posesión.

Los sobrantes que se hallan en las mismas condiciones han dejado igualmente de ser propiedad fiscal, según se deduce del contexto del artículo 1168 del Código Civil.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vista la gestión deducida por don C. A. C., para que se declare salido del dominio fiscal un terreno ubicado en esta ciudad, en el paraje llamado Arroyo Seco, dentro de los límites que indica el plano presentado;

Resultando de estos antecedentes que el terreno de cuyo dominio se trata, lo poseía como colono don P. G. V. antes del año 1793, según así consta del libro padrón de los terrenos de propios agregado á esta gestión; y

Considerando: 1.º Que la ley de marzo 17 de 1831 consideró poseedores de las tierras llamadas de propios de la Capital, á los que justificasen con el recibo del canon el carácter de colonos que invocasen, llamándolos poseedores con títulos y prefiéndolos para la compra de esas tierras á los que habiéndose internado en ellas no figurasen empadronados como colonos;

2.º Que el decreto de agosto 9 de 1831 le da la misma inteligencia á la citada ley, estableciendo claramente la preferencia que la misma establece para sus poseedores con título ó sea los colonos empadronados, negándosela á los que no siendo sino simples intrusos, pretendían adquirir del Estado en esas condiciones;

3.º Que todas las resoluciones gubernativas posteriores y contrarias á lo dispuesto en la ley de abril 30 de 1835 (decretos de 27 de junio del mismo año y de 5 de septiembre de 1856, referente á tierras y terrenos que no hayan salido del dominio del Estado), han quedado derogadas por el Código Civil á cuyas disposiciones se debe estar;

4.º Que el artículo 1168 del Código Civil (última edición oficial), dispone—que el Estado, respecto de los bienes susceptibles de propiedad privada, queda sujeto á las mismas prescripciones que los particulares—estableciéndose como excepción en esa disposición legal, que los requisitos necesarios para adquirir por prescripción el derecho á la propiedad de las tierras públicas poseídas por particulares, deberán ser establecidos por una ley especial;

5.º Que esta excepción de la ley se refiere propiamente á las tierras que aun permanecen en el dominio inmanente de la Nación por no haber sido enajenadas á ningún particular, las que sólo pueden ser denunciadas por los ocupantes ó poseedores, y si se encuentran baldías, por todo el que justifique ese estado y su condición fiscal;

6.º Que es á esas tierras á las que se refieren los artículos 1243 y 1246 del Código de Procedimiento Civil, cuyas disposiciones dan su aplicación al procedimiento que se siga cuando se dicte la ley especial que determina el segundo inciso del artículo 1168 del Código Civil;

7.º Que las tierras públicas que permanecen en el dominio inmanente del Estado, en ningún tiempo son prescriptibles, salvo el caso de que se justifique su posesión desde el año de 1795 inclusive;

8.º Que las demás tierras y terrenos que habiendo salido del dominio público, hayan vuelto á él á título de herencia, compra ó por cualquier otro medio que importe traslación de dominio, pueden ser denunciadas como bienes ignorados para su adquisición por los particulares, llenándose las formalidades establecidas para esos casos;

9.º Que en el caso que se examina en esta gestión, no se trata ni de tierras que permanezcan en el dominio inmanente del Estado, ni de las que enajenadas por éste, hayan vuelto, por cualquier título, á su dominio, sino de tierras poseídas por particulares cuando menos desde el año 1793, quedando sus poseedores amparados por la disposición del inciso 3.º del artículo 1168 del Código Civil (última edición oficial).

Por estos fundamentos y no obstante la opinión del señor Fiscal de Hacienda, se declara que el terreno poseído actualmente por don C. A. C., cuya ubicación consta en el plano acompañado, se encuentra fuera del dominio del Fisco.

Tasadas y satisfechas las costas causadas, devuélvanse los títulos y planos presentados, vuelvan los antecedentes agregados á los archivos respectivos, expídanse los testimonios y certificados que se soliciten y archívense estos obrados, remitiéndose antes testimonio en forma de esta resolución al Departamento Nacional de Ingenieros, División de Catastro.

Montevideo, febrero 16 de 1909,

Francisco M. Castro.

APELACIÓN INTERPUESTA POR EL SEÑOR FISCAL DE HACIENDA

Señor Juez:

El Fiscal de Hacienda dice que interpone contra la sentencia de f. 115 vta. el recurso de apelación en relación para ante el Superior inmediato.

El Juzgado en la expresada sentencia, no ha tenido en cuenta para nada las razones y consideraciones legales expuestas en el dictamen de f. 107 vta.

En el primer considerando de esa sentencia se hace una afirmación que este Ministerio no encuentra enteramente ajustada á la verdad y al derecho; dice en ese primer considerando, que la ley de 17 de mayo de 1831 «consideró poseedores de las tierras llamadas de propios de la Capital, á los que justificasen con el recibo del canon el carácter de colono que invocasen», y ello no resulta así del texto del artículo 2.º de la citada ley.

Ese artículo habla de *actuales poseedores*, y como ya ha tenido ocasión de decirlo el que suscribe, sólo les da preferencia para la compra de los terrenos que ocupaban.

Ni la ley citada, ni el sinnúmero de disposiciones legales que han sido dictadas en materia de tierras públicas, han modificado la situación de los *mere-ocupantes* de tales tierras, porque aunque constante é indiferentemente han sido empleadas las palabras *poseedor* y *ocupante*, equiparando al parecer á unos y á otros, la verdad es que ninguna de las referidas disposiciones ha establecido que pueda ser poseedor *con ánimo de dueño* quien ocupa un terreno á sabiendas de que pertenece al Fisco.

En tales condiciones, ¿puede sostenerse legalmente que ese seudo poseedor ha adquirido derechos de *verdadero poseedor con ánimo de dueño*, para llegar á adquirir título 6 derecho de prescripción?

Indudablemente no. Ya lo dijo antes este Ministerio. Tanto la legislación anterior como la actual, exigen la posesión determinada por el artículo 621 del Código Civil para poder prescribir.

Lo demás consignado en la mencionada sentencia de f. 115 vta., es en general exacto para casos distintos del de que en estos asuntos se trata, y excusa el que suscribe entrar en consideraciones á su respecto.

Por lo demás, los argumentos de autoridad pródigamente empleados en el escrito de f. 110, por respetables que sean no impiden al infrascripto el derecho de tener opiniones propias, fundadas en leyes y en doctrinas jurídicas que ha estudiado y ha aprendido, porque felizmente ha pasado el tiempo del *magistraliter et resolutive dico* y la infalibilidad no es de nuestro mundo.

En mérito de las razones brevemente expuestas, y reproduciendo el dictamen de f. 107 vta., sírvase V. S. conceder el recurso interpuesto.

Montevideo, marzo 3 de 1909.

Juan Gil.

ESCRITO EVACUANDO EL TRASLADO CONFERIDO

Señor Juez Letrado Nacional de Hacienda:

Jacinto Casaravilla por don C. C., en la gestión iniciada para el perfeccionamiento de un título, evacuando el traslado conferido, á V. S. digo:

Que estando interpuesto en tiempo el recurso deducido por el señor Fiscal, no me opongo á que se conceda, seguro, por lo demás, de que el Superior confirmará la sentencia apelada.

El escrito del señor Fiscal destruye cualquier duda que sobre la legitimidad de la gestión por mí promovida pudiera haber quedado después de estudiada en la sentencia dictada por V. S., y digo esto porque aquel recto é inteligente funcionario apenas ha podido formular algunas observaciones inconsistentes contra dicha sentencia, pasando como por sobre ascuas sobre sus fundamentos, lo mismo que sobre los enunciados en mis escritos de fs. 72 y fs. 110.

Breve será, pues, mi tarea, ya que el señor Fiscal ha reducido la suya á impugnar el primer considerando de la sentencia de primera instancia, sosteniendo que ni la ley de 17 de marzo de 1831 ni las posteriores sobre tierras públicas, han tenido en cuenta á los mere-ocupan-

tes de aquéllas, sino á los poseedores, figurando mi poderante en aquella categoría y no en ésta con arreglo al artículo 1168 del Código Civil.

El señor Fiscal ha estudiado muy ligeramente la cuestión.

No ha querido tomar en cuenta para nada la opinión del juriscónsulto doctor Joaquín Requena, considerándola argumento de simple autoridad, cuando aquélla se halla ampliamente fundada, como lo expuse en mi escrito de fs. 110.

No es la simple afirmación del doctor Requena en favor de las pretensiones de mi representado lo que yo he invocado, sino las sólidas razones en que aquélla se funda.

El doctor Requena dice en la segunda consulta que figura en los autos de la testamentaria de doña Q. I. F., que los mere-ocupantes de terrenos fiscales ó intrusos han sido considerados siempre por la legislación antigua y moderna como poseedores, y con más razón los colonos, siendo el hecho del canon la prueba documental de la posesión. Recuerda en seguida el doctor Requena que las leyes del 17 de marzo de 1831, decreto de 18 de agosto del mismo año y decreto de 6 de febrero de 1834, los llama poseedores con títulos, como por lo demás queda demostrado por mi escrito de fs. 74. ¿Ha destruído este razonamiento, apoyado en la legislación y en la jurisprudencia, el señor Fiscal? No, señor: se limita á decir que ha pasado el tiempo *del magistraliter et resolutive dico* y que la infalibilidad no es de este mundo.

Por lo demás, se comprende que aquellas disposiciones legales, como las demás relativas á tierras públicas, no hayan exigido á los que las ocupaban, para considerarlos como poseedores, los requisitos impuestos por el artículo 621 del Código Civil.

Esa legislación, como el señor Fiscal lo hubiera percibido sin esfuerzo estudiándola más á fondo y con espíritu menos prevenido desde que se ha inspirado constantemente en el deseo de consolidar la propiedad sin producir la conmoción del Estado contra todos los detentadores de aquéllas, ha debido contemplar y ha contemplado, como lo dice el doctor Requena, aún la situación de los mismos intrusos. ¡Menuda serie de agitaciones y de trastornos hubiera desencadenado sobre el país una legislación dedicada á imponer á cada ocupante la posesión con arreglo á los preceptos estrictos del derecho civil!

En cuanto á las sobras, vistas las prescripciones contenidas en el artículo 1168 del Código Civil, la cuestión resulta más clara todavía en favor de mi representado. Armonizando los tres párrafos de dicho artículo, se arriba á la conclusión de que mi poderante se halla completamente á salvo de toda pretensión fiscal contra él.

Dice el primero de aquéllos, que el Estado, respecto de los bienes susceptibles de propiedad, privada queda sujeto á las mismas prescripciones que los particulares; pero comprendiendo el codificador los peligros que se derivarían de la aplicación de la legislación común á las tierras públicas, agrega que los requisitos para prescribirlas serán objeto de una ley especial.—No se ha dictado aún esa ley, pero respecto de mi representado no es necesaria, porque según el párrafo tercero, los que poseen desde 1795 se hallan al abrigo de las pretensiones del Fisco.

¿Qué puede significar esa solución en todos los casos? El señor Fiscal no le da importancia alguna.—Para él es una disposición falta en absoluto de sentido, puesto que ha encontrado un caso, aquel en que se halla

mi representado, en que de nada le vale la ocupación desde 1795. Sin embargo, esa locución tiene un objeto de interés público bien determinado, que precisa su sentido exacto, y ese objeto es impedir que aquellos que desde 1795 ocuparan por sí ó por sus causantes un terreno fiscal, puedan ser inquietados hasta la eternidad por las pretensiones del Fisco.

Por tanto:

A V. S. pido, que habiendo por evacuado el traslado conferido, se sirva elevar los autos al Superior á los efectos del recurso deducido por la parte contraria.

Será justicia.

Jacinto Casaravilla.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vista en segunda instancia esta gestión promovida por C. A. C., venida en grado de apelación en relación por la que el señor Fiscal de Hacienda interpuso á f. 118 vta., en contra del auto dictado á f. 115 vta. por el Juez Letrado Nacional de Hacienda, que declara que el terreno poseído por el señor C. se encuentra fuera del dominio del Fisco;

Por los fundamentos del auto apelado, y

Considerando: Que habiendo P. G. V. poseído en calidad de colono cuatro cuadradas y tres octavas, desde diciembre 6 de 1793, según consta en el acta levantada en esa fecha, y habiendo el postulante por diversas transmisiones sucedido en esa ocupación, su derecho está amparado por la legislación anterior á la promulgación del Código Civil;

Que la ley de marzo 17 de 1831 en su artículo 2.º otorgaba á los poseedores de las tierras de propios, el derecho de perfeccionar para su adquisición, teniéndose por poseedor al que justificara con documentos esa calidad según la sanción del artículo 3.º del decreto-ley de marzo 28 de 1831, y como los colonos no podían justificar su condición con la exhibición del recibo respectivo ó la constancia de su empadronamiento como tales, se evidencia que era éste el título legal de la posesión, cuyo alcance ha fijado acertadamente el fallo recurrido, en consonancia con los decretos de agosto 9 del mismo año y febrero 6 de 1834;

Que esta interpretación ha tenido la consagración de la jurisprudencia y el prestigio de la autoridad de jurisprudencia de nombrada como el doctor Joaquín Requena, cuyas opiniones constan á f. 67;

Considerando: Que el excedente de la extensión de tierra que el causante ocupaba á título de colono, está también fuera de las pretensiones del Fisco, por datar la posesión desde antes de 1795 (artículo 1168 del Código Civil);—

Por tales razones, se confirma el auto apelado y devuélvase.

Martínez — Montero Paullier
— Piñeyro.

La injuria en el Derecho Civil Romano

POR EL DOCTOR RAFAEL HERRERA VEGAS (hijo)

Profesor suplente de la Universidad de Buenos Aires

Tomamos de la importante obra recién publicada por el doctor Herrera Vegas los interesantes capítulos que van á continuación:

CONCEPTO DE LA INJURIA

Opiniones de Labón, Paulo, Ulpiano y Gayo.—*Contumelia* y *ánimus injuriandi*.—Opiniones de los romanistas modernos

El edicto perpetuo comprendía la reunión de dos especies de edictos parciales, unos relativos al concepto, diremos, de la injuria, y otros referentes al ejercicio de su acción.

El desarrollo del concepto del delito de injuria, siguió el de todo el derecho: de lo material á lo inmaterial; como dice Ihering¹, el derecho romano tuvo originariamente por objeto la cosa, visible, palpable; pero de ese punto de partida material, se elevó poco á poco á una concepción espiritualista, y esa concepción no desmentida del derecho antiguo, esa pesadez substancial, no fué un obstáculo á la nitidez de la concepción jurídica, ni al progreso de su formación.

La injuria no hizo excepción á esa regla.

Dictado el edicto perpetuo y vigorizada la jurisprudencia con las opiniones de los grandes jurisconsultos, vemos al delito que nos ocupa tomar vuelo directo hacia el espiritualismo.

Ya Labeón² interpretaba tan extensamente el primer edicto, que nació de un concepto material—*pugna mala*—que con sideraba superfluo el edicto de *ne quid infamandi causa*.

Paulo³, Ulpiano⁴ y Gayo⁵, siguiendo las mismas huellas, consideraban suficiente el primer edicto para dar á la injuria el amplio desarrollo que debía adquirir y la caracterizan en su verdadero concepto espiritualizado, haciéndola consistir en la contumelia.⁶

La contumelia, es decir, el desprecio, el ultraje ó la ofensa, he ahí justamente el carácter del delito que nos ocupa: ultraje á la personalidad, como dicen unos, ó á esa personalidad en lo que es y lo que tiene, como sostienen otros.⁷

1. *Esprit du Droit romain*, III, págs. 131 y sigs.; *Actio injuriarum*, págs. 146 y sigs.

2. *Digesto*, I, 47, 10, 15, 26.

3. *Collatio*, II, 5, 1.

4. *Digesto*, 47, 10, 1, pr.

5. *Instituta* III, 222.

6. Ese carácter claro y preciso de la injuria en Derecho romano, ha sido abandonado por la legislación moderna, que la ha clasificado con diverso criterio. Es cierto que la restricción de su concepto jurídico comenzó ya en Roma, en tiempo de Augusto, con respecto á los atentados al pudor, castigando con leyes especiales el estupro y el adulterio, así como la pederastia por la ley Scantinia.

La restricción moderna de la injuria, no consideramos que sea un progreso jurídico ni social, pues ha venido á hacer más frecuente la venganza privada, con el abuso del duelo para reparar ofensas, que de otro modo quedan sin satisfacción, lo que no deja de ser un anacronismo en nuestro siglo.

Savigny (*Droit des obligations*, II, pág. 493) expresa una idea análoga al respecto.

7. Mommsen (op. cit., III, pág. 99) niega que en el concepto de contumelia puedan comprenderse las injurias reales; pero nos parece exagerada esa opinión, pues justamente era la contumelia la que daba al golpe el carácter injurioso; faltando ella caía bajo el dominio de la ley Aquilia.

Para Contardo Ferrini (*Diritto Penale Romano*, págs. 174 y sigs.) la contumelia ataca: la dignitas, la bona fama, y la commoda bona fama. Este último término comprende las ventajas materiales que da la bona fama y en ese sentido puede dar lugar á resarcimiento. La injuria así considerada es el hurto del patrimonio moral.

La *contumelia* constituye la esencia, por así decirlo, de lo que los romanos llamaban *animus injuriandi* indispensable para la existencia de la injuria, como lo era *animus lucrandi* para la existencia del hurto.⁸

Sin *animus* no hay injuria⁹, como sin *contumelia* ese *animus* no sería capaz de injuriar—*injuriandi*—por eso el Digesto excluye de la esfera del delito, no sólo las injusticias objetivas, como ser las cometidas por personas capaces, sin una intención contraria al derecho¹⁰, sino también las inconscientes, es decir, las inferidas por personas incapaces de cometer dolo¹¹, *doli incapaces*, como ser el loco¹² y el infans¹³.

El *animus injuriandi*¹⁴, aunque no definido por los textos romanos, quizás por considerarlo innecesario, existe en los mismos como característico de la injuria, é inconfundible con el *animus lucrandi*, pues éste último, aun cuando pueda existir subsidiariamente en la injuria, como ocurriría cuando se impidiera el uso de la cosa propia—*si quis re mea uti me non permittit*¹⁵—6 se ocuparan con injuria los bienes ajenos—*si quis bona alicujus vel unam rem per injuriam occupaverit*¹⁶—y en otros casos análogos, no es sin embargo un elemento indispensable y falta por regla general en la mayor parte de las lesiones injuriosas.

Ihering¹⁷, con el acertado criterio jurídico que le es propio, al estudiar el *animus injuriandi*, y negarle como elemento esencial el lucro, hace un estudio comparativo de los diversos textos que tratan la materia, y los relaciona con otros delitos, llegando á la conclusión, que lo que constituye la injuria, es la naturaleza de la lesión, que consiste precisamente en una violación descarada de un incontestable derecho ajeno; sería lo que vulgarmente se llama una impertinencia, es decir, un desprecio insolente del derecho de otro, y de ahí el punto de contacto entre la injuria y el honor, pues, como dice Kant, el que deja menoscabar su derecho evidente, falta á uno de los deberes para consigo mismo¹⁸.

Se particulariza la injuria, en que el injuriante se compromete abiertamente, sin temor al derecho, á diferencia de lo que ocurre en otros delitos, en que el delin-

cuente trata de ocultarse y ocultar la lesión producida temeroso del derecho.¹⁹

De acuerdo con la teoría de Ihering, sobre el *animus injuriandi*, fácil es determinar la existencia ó inexistencia de la injuria;—todo depende de si existe ó no, en una lesión jurídica, ese carácter ultrajante, *contumelia*, que se evidencia en la violación descarada de un derecho incontestable²⁰, como tendremos oportunidad de hacerlo notar al estudiar la injuria en las diversas relaciones jurídicas.

Winsheid²¹, al caracterizar el delito objeto de nuestro estudio, como toda violación voluntaria de un derecho, establece una doctrina demasiado extensa, y por eso mismo errónea, pues resultaría que toda lesión debería ser reparada por la acción de injuria, lo que es inexacto, puesto que la legislación romana aplicaba esa acción á lesiones precisas y determinadas.

No se subsana tampoco la objeción, restringiendo la doctrina, como lo hace el mismo Winsheid, y otros romancistas²² de tal manera que la lesión mayor ó capital absorba á la menor, salvo disposición legal; pues esa doctrina restringida no está consignada en ningún texto, ni resulta tampoco aplicable á nuestra materia.

LAS DOS FASES DE LA «ACTIO INIURIARUM»

Opiniones de los juristas modernos.—Doctrina de Ihering.—Faz abstracta y concreta.—Críticas á dicha doctrina

Analizando la *actio injuriarum*, le asignan los juristas modernos un doble aspecto, sobre los cuales, aun cuando no exista una concordancia absoluta, á nuestro juicio la divergencia es más de forma que de fondo.

Bien es cierto que Winsheid y los que siguen su doctrina, niegan un doble carácter á la acción de injuria; pero ello es una consecuencia lógica del concepto que se forman del delito; en la amplitud de los términos de esa doctrina no caben distinciones.

Los autores que desdoblan el carácter de la acción, la hacen referir, ya sea á la capacidad jurídica, ó al honor de la persona, como Walter, ó bien á la persona ó las cosas, como Sintenis; la primera sería la acción relativa á una injuria inmediata, y la segunda á una mediata.

Ihering la divide, según se destine á reparar la lesión á la persona en lo que es, ó en lo que tiene²³; la primera sería la abstracta, originaria ó inmediata, es decir, la que ataca el centro de la personalidad, y la segunda sería la concreta, subsidiaria ó mediata, atacando á la

8. IHERING, *Actio injuriarum*, págs. 3.ª y sigs. Dernburg (II, 2.ª, pág. 597 (nota 7), aunque con ciertas reservas, acepta la doctrina de Ihering.

La doctrina de la personalidad, sin las distinciones mencionadas, es la más frecuentemente seguida por los tratadistas, como hemos visto al estudiar la definición del delito.

9. Cuj., op. cit., I, págs. 208-213, Mommsen, no analiza el término en su obra pero lo implica al decir que la injuria es una lesión injusta ó intencional (op. cit., III, 35).

10. Por *jocum*. Digesto 47, 10, 3, 3. 6 sin conocer el vínculo de parentesco ó potestad, ó por error en cuanto al estado de la persona, para la indirecta. (Digesto 47, 10, 3, 4). También deben excluirse las que se hagan en ejercicio de un derecho—*qui suo jure utitur neminem ledit*—y las penas que apliquen los magistrados en ejercicio de sus funciones (Digesto, 47, 10, 13, 1), salvo que lo hiciesen por injuriar (Digesto, 47, 10, 32), en cuyo caso, si es magistrado *quem imperio*, debe esperarse á que termine en sus funciones para demandarse, no así para los magistrados menores.

11. Digesto 47, 10, 3, 1.

12. Salvo en los intervalos lúcidos.

13. Caracteres comunes á todos los delitos. Cuando era *pubertati proximis*, el juez podía reducir la pena: *miserratio etatis ad medicorum penam iudices producere debent*. (Digesto, 4, 4, 37, 1).

14. Winsheid de acuerdo con su concepto sobre la injuria, no da importancia al *animus*, lo que es en contra la doctrina romana. Podría objetarse que incidentalmente habla de lesión ultrajante; pero su concepto es el de lesión voluntaria, como lo dice expresamente (op. cit., II, 2.ª, 427, 16).

15. Digesto, 47, 10, 13, 7.

16. Digesto, 47, 10, 15, 31.

17. *Actio injuriarum*, 81.

18. IHERING, *La lucha por el derecho*, págs. 25 y sigs. y 29 y sigs.

19. Así, por ejemplo: el que prohíbe á otro pescar en el mar, sabe que viola un evidente derecho ajeno, y no procedería para su defensa sino la *actio injuriarum*, pues el interdicto sobre la *res publica* no prospera sino cuando hay una lesión que interese á la comunidad. Si se analizan los demás textos sobre la injuria, se podrá notar que en todos existe una violación descarada de un derecho ajeno, y que no hay, en tales casos, otra acción procedente que la que nace de ese delito. Por esa misma razón niega el Digesto (47, 10, 13, 4) la acción de injuria cuando alguno se opone á que se le conceda á otro un honor ó una distinción, pues no se presume que exista *contumelia*, aunque así procediera, desde que no hay violación de un derecho ajeno evidente. Aemsii (*Comentarii Digestum Novum*, II, 1366, nota n) siguiendo á Azo, cree que cuando se hiciese por injuriar procedería la acción.

20. Savigny (*Le droit des obligations*, II, pág. 495) sostiene, á nuestro parecer erróneamente, que la concepción romana de la injuria se desprende casi exclusivamente de las XII tablas y que las ofensas al honor no forman sino una aplicación particular.

21. Op. cit., II, 2.ª, pág. 427, 16.

22. Winsheid (op. cit., II, 2.ª, pág. 427) y Walter.

23. Opl. cit., pág. 24.

persona en la periferia. Así la abstracta ataca á la persona en sí misma (vías de hecho), en su honor ó en su libertad, y la concreta en sus relaciones con el mundo exterior, ya sea con las otras personas, como ocurre en las relaciones obligatorias ó las de familia, ya sea con las cosas, como cuando se trata de un *jus in re*, de la posesión ó del *usus publicus*.

Esta interesante teoría, que ha sido objeto de críticas²⁴, se basa sin embargo en el desarrollo natural del sentimiento del honor, correlativo del progreso y civilización de un pueblo.

Las XII tablas nos han dado el concepto material de la injuria que casi se confunde con el daño; una demanda inmotivada con ese criterio no podía ser injuriosa, desde que la forzosa absolución impedía todo perjuicio patrimonial; pero con un criterio idealista, con el criterio de la *contumelia*, esa misma demanda implicaba una injuria; de ahí el concepto abstracto de ese delito²⁵. Como una consecuencia subsidiaria de ese concepto, por cuya razón la injuria no forma parte del patrimonio, nace el concepto concreto del delito, en que se le consideraba con criterio práctico y económico, teniéndose en cuenta el perjuicio patrimonial que ella podía irrogar; así, en la demanda frívola se apreciaba el tiempo que se perdía en atender el litigio y el perjuicio que por esa causa pudiera sufrir el demandado.²⁶

Se critica²⁷ la teoría de Ihering principalmente con el argumento de que toda injuria es exclusivamente personal, es decir, que ataca sólo á la persona en lo que es y no en lo que tiene; pero esa crítica parece injustificada, puesto que existen casos, en que la injuria, que si bien como *contumelia* sólo puede dirigirse contra la persona, se hace de una manera mediata atacando la cosa con *animus injuriandi*, y en tal sentido, Ihering no ha hecho más que traducir en términos científicos, ese hecho innegable.

Pero á nuestro juicio, es esa una cuestión más de forma que de fondo, desde que una gran parte de los romanistas coinciden en esa idea, aun cuando la clasifican con diferentes términos.²⁸

El caso del P. Haretche

EL DELITO DE FALSIFICACIÓN.—LA COMPLICIDAD.—LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN.—LA REPRESENTACIÓN DE LOS PREVENIDOS EN JUICIO CRIMINAL NO HABIÉNDOSE CONSTITUIDO EN PRISIÓN PREVIAMENTE LOS PODERANTES.

La circunstancia de encontrarse entre las cuestiones *sub-judice*, la relativa á la prescripción del delito im-

tado, quita al caso que publicamos gran parte del interés jurídico que hubiera revestido si se hubiesen tratado por el Juez todos los puntos de derecho desarrollados en el escrito que publicamos:

DEFENSA DE LOS PREVENIDOS

Señor Juez de Instrucción:

Jacinto Casaravilla y Antonio J. Ríos, por los presbíteros Monseñor doctor don Santiago Haretche y don José M. Gimalac, representación que acreditamos con los poderes adjuntos en los autos caratulados «Pastora Viñas —usurpación de estado civil», como mejor proceda á V. S. decimos:

Que hemos estudiado debidamente todos los antecedentes del sumario instruido y que han dado origen al auto de prisión decretado por V. S. á solicitud fiscal, y hemos llegado al convencimiento de que no ha habido mérito para decretar esa prisión y que debe sobreseerse este asunto declarando la inculpabilidad de los prevenidos á quienes defendemos.

Para demostrarlo examinaremos con ánimo sereno todas las cuestiones que ofrece el caso sometido á nuestro estudio.

Esas cuestiones son las siguientes:

1.º ¿Procedió el Vicario General Monseñor Haretche dentro de sus facultades al disponer que se asentase en los libros parroquiales la partida de bautismo de Pastora Viñas?

2.º ¿Cometió delito al decretar ese asiento?

3.º ¿Incurrió en complicidad con los actos que realizó doña Pastora Viñas ó sus apoderados ante el Poder Administrador y el Judicial?

4.º ¿El cura párroco de la Unión cometió algún acto castigado por la ley penal, al asentar la partida en la forma en que lo hizo?

5.º ¿La acción pública que en el caso de existir delito procedería, está ó no prescrita?

6.º ¿Pueden los apoderados de los prevenidos producir sus defensas no habiéndose constituido en prisión sus representantes?

Esos son los puntos que pasamos á examinar.

I

El primero de los puntos indicados tiene importancia decisiva para la apreciación de los hechos que comprenden este sumario.

La Iglesia es indiscutiblemente una sociedad ó una institución independiente de la autoridad civil en su organización propia, y, en lo relativo al ejercicio de su autoridad y á la administración de sus sacramentos, ha sido reconocida su personería jurídica sin necesidad de autorización previa de la autoridad pública, según el artículo 21 del Código Civil.

Respecto de esa facultad propia de la Iglesia para la realización de los fines espirituales que persigue y para organizar su funcionamiento como lo entienda conveniente, no caben opiniones discordantes.

La Iglesia tiene un derecho incuestionable á señalar las reglas á que han de someterse todos los que aspiren á ser miembros de ella, y le compete prescribir las cualidades que han de revestir los miembros de su clero, para lo cual puede poner en práctica todos los medios que juzgue adecuados y, entre ellos, el de la formación del censo de los cristianos, de los bautismos, de los matrimonios y de las defunciones.

24. MARCHI, op. cit., XVI, pág. 218.

25. Una evolución análoga ha sufrido todo el derecho romano; así en cuanto á la apreciación del daño ha pasado del *quantum res est*, al *quantum interest*, y en materia de servidumbres del concepto de la utilidad material (rural), al concepto de la utilidad ideal: belleza, amenidad urbana, como lo indica Ihering.

26. Ihering, sostiene que la *querella inofficiosi testamenti* es la acción de injuria en materia de sucesión, presentando los dos caracteres, el abstracto en cuanto sirve para levantar la ofensa hecha al heredero y el concreto en cuanto le hace percibir el causal hereditario, opinión que parece confirmada por el *Digesto* (5, 2, 8, pr.) y sostenida ya por Cujacius (*Opera omnia*, tomo 4, 114, E).

27. MARCHI, op. cit., XVI, pág. 218.

28. El mismo Ulpiano, interpretado con un criterio idealista, quizás podría incluirse entre los sostenedores del doble carácter de la injuria: *in corpus*, *aut extra corpus*.

En dichos registros, de carácter meramente religioso y privado, se consigna todo lo que dice relación al fin espiritual de los cristianos y al buen régimen y gobierno de la Iglesia, indicándose el Sacramento que se ha administrado, la paternidad, filiación y estado de las personas, con propósitos que nada tienen que ver con la organización civil de la sociedad.

Cuando en esos actos, de orden espiritual entre cristianos afiliados a la Iglesia, surgen conflictos, son las autoridades eclesiásticas las que los resuelven; cuando en los registros sacramentales se ha padecido error u omisión, son esas mismas autoridades las que aplicando el derecho canónico y las disposiciones de los concilios, mandan salvar el error o la omisión disponiendo la corrección o inscripción de las partidas.

En la realización de tales actos nadie tiene autoridad para imponer a la Iglesia que proceda en determinada forma o que se sujete a tales o cuales reglas. Se trata de actos privados que se realizan con fines meramente espirituales, y justo es reconocer que el Estado carece de facultades para intervenir en ellos, máxime cuando ninguna ley ha limitado, ni podía limitar, esas atribuciones extrañas a la autoridad civil.

Si se pide por persona interesada que se reforme una partida de bautismo, porque se ha dado al bautizado una filiación que no es la suya, al tribunal eclesiástico corresponde entender en el asunto por tratarse de corregir un documento extendido con arreglo a las prescripciones de la Iglesia y porque afecta su organización en cuanto no pueden conferirse, con arreglo a sus leyes, determinados cargos sino a personas cuyo bautismo se haya realizado, cuya filiación sea legítima, cuyo estado sea el que se indica en esas mismas leyes y preceptos y cuya edad resulte también, probados todos esos extremos con documentos procedentes de la autoridad eclesiástica.

Así encarada la cuestión, es indiscutible que sólo a la Iglesia compete establecer cuáles son los libros sacramentales que deben llevar los párrocos, qué asientos deben hacerse en ellos y cómo se subsanen los errores y salvan las omisiones padecidas.

El Estado quiso valerse de esos registros sacramentales para que se pudiese probar con ellos el estado civil de las personas, y los utilizó tales cuales estaban, sin dictar ninguna ley que estableciese la forma en que habían de llevarse, ni el procedimiento que debía seguirse en caso de ser necesarias las inscripciones de partidas no asentadas o de corrección de los errores que se hubiesen padecido. La Iglesia siguió, pues, el procedimiento que entendió mejor en todos esos casos.

Cuando disponía el asiento de una partida, después de comprobarse ante sus autoridades que se había omitido, lo hacía dando a ese asiento la fecha en que se había consumado el acto.

Partiendo de la base de haberse probado, que una persona había recibido el bautismo o se había casado tal día y tal año, y de que el apunte provisorio que tomaban los párrocos, no se hubiese pasado al registro sacramental, la Curia disponía que se extendiese ese asiento como si se hubiese extendido en la fecha del acto a que esa inscripción se refería.

Lo esencial en tales casos es saber si el hecho es verdadero; la forma en que ha de extenderse la partida es indiferente. Si la persona fué bautizada o se casó realmente en una fecha dada, la partida establece, como la que obra en autos, ese hecho verdadero, ni más ni menos.

Ya veremos más adelante si ese procedimiento arroja o no responsabilidades criminales sobre los funcionarios eclesiásticos que los ordenan; por ahora basta a nuestro

objeto consignar que, bien o mal hecho, bueno o malo el procedimiento, es esa cuestión ajena a las autoridades civiles, como lo ha sido siempre y se reconoce expresamente en los fundamentos del decreto que creó el Registro de Estado Civil cuando en uno de sus considerandos se dice: «Considerando que la fe de bautismo por sí sola, únicamente prueba la incorporación de tal o cual persona a tal o cual gremio religioso».

Concretándonos al caso de doña Pastora Viñas, resulta que don Julio Sáez se presentó a la Curia en representación de dicha señora manifestando que su representada había sido bautizada en la Parroquia de la Unión el 30 de octubre de 1864, y que en el deseo de tener el documento que acreditase su edad y quiénes fueron sus padres, para hacerlo valer ante la Iglesia cuando fuese el momento oportuno, pedía que se le recibiese información de los testigos que propuso.

Oído el Fiscal Eclesiástico se mandó recibir la información en la que declararon tres testigos idóneos, uno que presenció el acto del bautismo, otro que fué invitado a él y no pudo asistir pero le constaba haberse realizado, indicando los tres los nombres de los padrinos y el mes y año del nacimiento.

Con vista fiscal favorable, resolvió Monseñor Haretche en la siguiente forma:

«Agosto 14 de 1903.—Visto: en mérito de la información producida y de conformidad, dése asiento a la partida de bautismo de doña Pastora Viñas, a cuyo fin se comunicará esta resolución a la Parroquia de la Unión a sus efectos, y archívese el expediente previo pago de los derechos correspondientes a la oficina».

Esa es toda la intervención de Monseñor Haretche en el asunto que motiva este sumario, y podemos afirmar que esa intervención fué perfectamente legítima, que estaba dentro de sus facultades, y que procesarlo por ella es evidentemente injusto é ilegal, por no decir atentatorio y abusivo, desde que debemos considerar que se ha padecido error y no que se ha querido infamar a un hombre indiscutiblemente honorable y digno de consideración y de respeto por sus virtudes y por su talento.

Por más que tratamos de sutilizar la cuestión buscando la incorrección y la culpa de Monseñor Haretche, no encontramos sino un auto dictado por él, en ejercicio de sus facultades de Vicario, que no ofrece a la crítica más su-picaz ningún punto vulnerable.

Demostrado que Monseñor Haretche procedió dentro de sus facultades al decretar el asiento de la partida de bautismo de doña Pastora Viñas, examinemos el segundo punto indicado al principio de este escrito.

II

¿Cometió delito Monseñor Haretche al decretar el asiento de la partida de bautismo de que se trata?

No bastan afirmaciones sin base para arrojar sobre un hombre de antecedentes intachables y de una vida constantemente austera, la infamante calificación de falsario: es indispensable demostrar que ese delito se ha cometido, y que es necesario ceder a una evidencia dolorosa, por más que se considere moralmente imposible que una persona pase, sin transición, de la rectitud más pura a la más triste y baja claudicación.

Pero ¿dónde está la prueba de ese delito, de cualquier delito, de la sombra siquiera de una falta, en la conducta de Monseñor Haretche?

Búsquela V. S., búsquela con el mayor empeño, y estamos seguros de que no la encontrará.

La partida se mandó asentar en uso de un perfecto derecho que la autoridad eclesiástica tiene para disponerlo así.

Pero, dice el señor Fiscal que la inscripción se hizo el 31 de enero de 1905 y se retrotrajo al 30 de octubre de 1864.

No es exacto; la partida establece la verdad de lo ocurrido y no se retrotrajo al 30 de octubre de 1864.

Esa partida dice así: «El día 30 de octubre del año 1864, en esta Parroquia de San Agustín de la Villa de la Unión, fué solemnemente bautizada una niña á quien se puso por nombre Pastora, que nació el 6 de junio del corriente año, hija legítima de don Vicente Viñas y de doña Atanasia Alvarez; fueron padrinos don José Barragán y doña Irene Casas de Barragán.»

Como se ve, se estableció en el libro el hecho del bautismo, probado ante la Curia, con intervención de los funcionarios competentes y no se retrotrajo fecha alguna. Si doña Pastora hubiese nacido en 1874, por ejemplo, y se hubiese establecido que había nacido en 1864, se habría cometido realmente un acto indebido, se habría antedatado la fecha de un hecho; pero establecer que dicha señora fué bautizada en la fecha en que realmente lo fué, no importa antedatación, ni nada que se le parezca.

El cura de la Unión no dice que el asiento se hizo en 1864, lo que hubiese importado una falsedad no punible, pero falsedad al fin, sino que el bautismo se realizó en ese año, lo que es verdadero para la Curia y para las autoridades civiles que aprobaron dos informaciones que establecieron eso mismo.

El párroco á quien se le mandó asentar la partida tuvo que hacerlo como lo hizo, ó sea, poniendo constancia en el libro de que, en la fecha indicada, se había bautizado á doña Pastora Viñas.

¿La forma es defectuosa? Lo será; pero de ahí á que los que han aplicado un procedimiento defectuoso sean criminales, media una distancia insalvable.

El señor Fiscal confunde los actos inocentes, evidentemente inocentes y legítimos de Monseñor Haretche y del cura párroco señor Gimalac, con los actos de las personas que hicieron valer la partida de bautismo de doña Pastora Viñas, para obtener del Estado el pago de una pensión y, en esa confusión lamentable, está el punto de arranque de todas las inculpaciones formuladas contra ambos dignísimos sacerdotes.

La ley de fecha 11 de febrero de 1879, quitó á los libros parroquiales todo efecto civil para el futuro; pero no impidió que esos libros se llevasen á los efectos meramente sacramentales, ni que se hicieran en ellos anotaciones, asientos ó correcciones.

No habiéndose asentado la partida de bautismo de doña Pastora Viñas, en el libro respectivo, sino á los efectos meramente canónicos y para hacerla valer ante la Iglesia, como se dice en el escrito inicial, ni el Vicario General Monseñor Haretche, ni el cura de la Unión, cometieron ningún acto culpable.

La culpa consiste en haberse querido valer de esa partida para obtener el pago de pensiones que se habían mandado retener por el Poder Ejecutivo, asegurando, á f. 71 del expediente caratulado «Pastora Viñas, medidas preparatorias para litigar con el Fisco», que esa partida se acababa de encontrar después de una busca afanosa por todas las parroquias de la Capital y de una manera providencial.

Si doña Pastora Viñas hubiese retirado el testimonio que le expidió el cura de la Unión y lo hubiese presentado ante la Iglesia, como dijo que lo haría para ser admitida de religiosa, según lo afirma Sáenz á f. 27 de este sumario, ninguna acción podría intentarse contra ella,

ni contra nadie, puesto que, en realidad, para que el hecho del bautismo se tenga por probado, en el caso de ingreso en religión, se requiere prueba producida ante la autoridad eclesiástica y no ante la civil, según lo manifestó con notable lucidez el señor Fiscal Eclesiástico en su declaración de f. 32 de estos autos.

La omisión, en el testimonio que se expidió á doña Pastora Viñas, de la circunstancia de que el asiento realizado procedía de sentencia pronunciada por la Vicaría General, no está probado que se realizase por orden de Monseñor Haretche, por más que así pudiera interpretarse lo que declara el presbítero don Eusebio Clavell, examinado en forma sugestiva á f. 48, desde que la declaración del cura de la Unión, corriente á f. 40 vta., dice que el oficio en el que se le ordenaba que no hiciera mención de la nota al expedirse el testimonio, estaba suscrito por el Secretario de la Curia. Creemos que esa orden, de haberse dado, debió aparecer en el auto del señor Vicario, porque los jueces eclesiásticos y los civiles sólo formularon sus mandatos en los respectivos proveídos y no verbalmente.

El hecho no tiene mayor importancia desde que la omisión de esta nota no da al testimonio del asiento mayor valor del que realmente tiene; si esa omisión la aprovecharon indebidamente y contra la ley los interesados, no son seguramente los funcionarios eclesiásticos los culpables, desde que ignoraban que valiéndose de ese medio, se iba á pretender obtener del Fisco el pago de una pensión y desde que sabían que el objeto del asiento era meramente espiritual, por manifestación expresa de la interesada.

El presbítero Clavell dice verdad cuando afirma que la inscripción sólo se decretó á efectos canónicos, que él ordenó que no se transcribiera la nota referida «siguiendo un procedimiento muy antiguo cuya práctica encontró al hacerse cargo de la Secretaría por un formulario seguido de muchos años, y que en todos los casos que se manda anotar ó modificar una partida, se ha seguido siempre el mismo procedimiento».

Resulta, pues, que se ha decretado la prisión de Monseñor Haretche porque el presbítero Clavell dijo que había recibido orden de aquél para proceder como lo hizo, sin tener en cuenta que en caso de existir delito, se tomaría como base de justificación el dicho de la persona que habría realizado el acto y que no ha probado que se le hubiese dado tal orden, ni que en caso de recibirla, hubiese estado obligado á cumplirla si ella implicase la comisión de un delito.

No necesitamos afirmar que sea falsa la aseveración del presbítero Clavell; nos basta hacer notar que este mismo señor expresó que había seguido un procedimiento muy antiguo que había encontrado establecido cuando se hizo cargo de la Secretaría, y que el dicho singular aludido no constituía prueba ni plena ni semiplena que autorizase la prisión de Monseñor Haretche.

Suponiendo, sin embargo, que esa responsabilidad incumbiese á Monseñor Haretche, ¿habría éste cometido delito?

No, señor Juez: desde que el Vicario General sólo entendía y podía entender en asuntos de carácter espiritual, el hecho de ordenar que no se transcribiese la nota respectiva en el testimonio á expedirse, no constituye delito alguno.

El señor Fiscal afirma que ese acto involucra el delito de falsificación, y que, de acuerdo con el artículo 12 del Código de Instrucción Civil, debía dictarse auto de enjuiciamiento y librarse mandamiento de arresto contra Monseñor Haretche, presbítero Gimalac, Sáenz y señora Viñas, á lo que V. S. proveyó de conformidad.

Veamos si tiene fundamento esa resolución.

El delito de falsificación está previsto y penado por los artículos 240 y siguientes del Código Penal. Ni Monseñor Haretche ni el presbítero Gimalac han cometido semejante delito.

¿Ha habido adulteración de la verdad al establecer que doña Pastora Viñas había sido bautizada en octubre de 1864?

Si esa adulteración se ha producido, debió procesarse conjuntamente con Monseñor Haretche, á los doctores Ernesto Frías, Alfredo Vázquez Acevedo, Luis Píera, Domingo González, Luis Romeu Burgues y Miguel V. Martínez—que declararon la misma cosa como consta en la información *ad perpetuam* producida en el Juzgado de lo Civil de 2.º turno y en las informaciones que produjo doña Pastora Viñas por ante el Juzgado de lo Civil de 1.º turno en los años 1885, 1886 y 1900—y procesarse en primer término á los testigos don Alejandro Rosés, don Pedro Labastie, don Juan Bergara, don Floro Clinibao, don Luis Bloodtodyrky, don Vicente Almirón y Aguilari, don Bartolomé Crosa, don Eulogio de los Reyes, don Luis Calvo, don Domingo L. Martini y don Luis Larigue, que declararon ante las autoridades civiles y ante la Curia Eclesiástica, la verdad de la realización del acto bautismal.

¿Por qué, si es falso el hecho, se ha de encarcelar al Vicario que, previa información, mandó anotar ese bautismo en los libros sacramentales de carácter privado de la Iglesia, y no se ha de hacer lo mismo con los jueces civiles que mandaron inscribir la misma cosa en los Registros públicos del Estado?

¿Por qué, si quienes mintieron fueron los respetables vecinos citados, se ha de encarcelar á los que dando fe á sus dichos, mandaron que se tomase nota del hecho declarado, en los libros respectivos?

El testimonio de la partida que se expidió por el cura de la Unión, constata un hecho verdadero, legalmente verdadero, por lo menos, y no puede haberse cometido al extenderlo, el delito de falsificación.

La partida no es falsa, ni total ni parcialmente; luego, nuestros representados no han cometido el delito de falsificación que se les atribuye.

Aunque el hecho atestiguado no fuese verdadero, no por eso se habría incurrido en el delito de falsificación, puesto que bien podía haberse falseado la verdad, sin cometerse delito alguno.

Para que por los actos de falsedad sean punibles sus autores, es necesario que esa falsedad se realice en las condiciones indicadas por la ley.

No cabe duda de que para que la falsedad constituya delito, debe reunir cuatro condiciones esenciales: adulteración de la verdad, que ella se realice en un documento escrito, intención de dañar y posibilidad del perjuicio.

Garraud, tomo 3.º, página 503, dice á tal respecto:

«El elemento material del crimen de falsedad, es decir, del cuerpo del delito, resulta de la alteración de la verdad en un escrito relativo á hechos que ese escrito tenía por objeto comprobar y cometida por alguno de los medios indicados por la ley. Sometiendo esa definición compleja á un atento análisis, se desprenden las cuatro conclusiones cuyo examen sucesivo va á ocuparnos: 1.º Alteración de la verdad; 2.º En una escritura; 3.º Alteración que recaiga sobre hechos que debían comprobarse por esa escritura; y 4.º Cometida en las condiciones determinadas por la ley.

«La alteración de la verdad es la falsedad en su esencia. La expresión por escrito, aunque sea dolosa y perjurial, de un hecho verdadero, no constituiría jamás una falsedad».

Suponiendo, pues, que el procedimiento seguido por la Curia fuese doloso, fuese irregular, nunca constituiría el delito de falsificación, porque el hecho de haberse bautizado doña Pastora Viñas en la Iglesia de la Unión, sería siempre verdadero.

La partida de bautismo, como decía el preámbulo de la ley de Registro Civil, prueba sólo la incorporación de una persona á tal ó cual religión; y que doña Pastora Viñas fué bautizada, es un hecho declarado por tres testigos ante la Curia, cuyas declaraciones hicieron plena prueba para el Fiscal Eclesiástico y para el Vicario General de la Arquidiócesis. ¿Dónde está, pues, la falsedad cometida al establecerse en el libro parroquial, que doña Pastora Viñas recibió el bautismo en octubre de 1864?

En ninguna parte.

La condición de haberse cometido la falsedad en un documento escrito, tampoco se realiza en el caso.

La alteración de la verdad que debían probarse en hechos que debían probarse con ese escrito, no se ha producido, pues el hecho es verdadero.

Por fin, si no se ha cometido falsedad, mal puede haberse realizado en las condiciones expresadas en las leyes aplicables á otros casos.

La Curia Eclesiástica se preocupó tanto ó más de esclarecer los hechos, que las autoridades civiles, y si á éstas no se les puede acusar de falsedad, tampoco puede formularse acusación contra aquélla.

La omisión de una nota marginal en un testimonio, cualesquiera que sean los motivos que la hayan producido, no constituye el delito de falsificación, porque con esa nota, si el hecho contenido en la partida fuese falso, continuaría siéndolo, y si no lo fuese, tampoco lo sería por la supresión expresada.

El mismo autor citado dice que «la Jurisprudencia ha quitado el carácter de falsedad ó falsificación á la declaración ó enunciación contenida en el escrito inculminado, cuando no emana del funcionario que habría sido competente, suponiéndola exacta para comprobar legalmente el hecho ó no haber sido recibida por ese funcionario».

Si, pues, la información producida ante la Curia y la partida de que se trata, no proceden de funcionarios competentes, puesto que no lo serían para poder formular, apoyándose en ellas, una gestión civil por entrega de pensiones, es evidente que no se habría cometido el delito de falsificación, ni por el Vicario, ni por el párroco procesados en este sumario, cualesquiera que hubiesen sido los errores de procedimiento, ó las faltas, verdaderas ó supuestas, que se les atribuyesen.

Se confunde la intervención legítima de autoridades eclesiásticas con fines legítimos, con la actitud asumida por quienes conociendo la ley y conociendo los hechos, quisieron servirse de un documento, sin valor legal, para obtener lo que, por otros medios, no podían conseguir.

¿Por qué no se transcribe la nota marginal en el testimonio?

Es esa una práctica que viene de antiguo para evitar que, probado el hecho de un matrimonio ó del bautismo, la transcripción de la nota en el testimonio se preste á comentarios que siembren la duda ó la sospecha entre los miembros de una familia respecto de la legitimidad de los vínculos que los ligan entre sí, ó porque los hechos pueden ser de carácter secreto, como en el caso del señor Arrascaeta, ó por cualquier otra razón; pero no es una práctica inventada para que se defraude al Fisco, ni para que se cobren pensiones, ni para nada que responda á un fraude, á una mistificación, ni á un engaño.

Si fuese verdad, si resultase probado que el Vicario

General, persona dignísima, y el cura señor Gimalac, no menos digno, hubiesen dado el testimonio que se les pidió, á sabiendas de que con él se iba á pretender arrancar al Fisco una cantidad de dinero, se trataría de cometer un fraude, una usurpación, ó como quiera llamarse al acto de parte de la señora Viñas, podría envolverse en la inculpación que merecen esos actos; pero ni un indicio, ni el dicho de un solo testigo, hace presumible tal sospecha.

A un armero que vende un cuchillo que puede servir para comer, pero que puede también servir para matar, no puede hacérsele responsable de los delitos que cometa el comprador, y á nuestros representados tampoco puede hacérseles responsables del uso punible de una partida que debió servir para otros fines.

El artículo 246 del Código Penal tampoco es aplicable, puesto que, según él, cuando el culpable cometiere alguno de los delitos indicados en los artículos precedentes, para proporcionarse ó proporcionar á otro un medio probatorio de hechos verdaderos, será castigado con diez y ocho á veintidós meses de prisión, si se tratase de un documento público, y de doce á quince meses de prisión tratándose de un documento privado.

Ese artículo contempla el caso en que un acreedor que ha perdido el documento justificativo de su crédito, y que no tiene otro medio de probar la existencia de ese mismo crédito, hace otro documento igual al anterior, falsifica la firma y se mune de una prueba sin la cual sus derechos no serían reconocidos.

Ese caso, que los autores citan para explicar el alcance de la disposición, tiene semejanza siquiera con el actual?

De ningún modo. En primer lugar, ninguno de nuestros representados tenía interés en que doña Pastora Viñas resultase ó no bautizada en determinada fecha, ni en que utilizase para fines civiles una partida que se mandó extender para fines espirituales, y no lo tenían, por consiguiente, en la falsificación supuesta de la partida de que se trata, como lo tendría el acreedor en falsificar el vale extraviado. En segundo término, el bautismo ó el nacimiento de una persona no depende de que la Curia mande ó no extender la partida, desde que la ley concede otros medios supletorios para la comprobación del estado civil, en caso de no encontrarse la partida original, diferencia también notabilísima.

En este caso la señora Viñas tenía ya dos informaciones, una de ellas ampliada, que establecían ese estado civil, y fundándose en ellas gozó por varios años la pensión como hija del coronel Viñas.

Si, pues, no dependía de la partida de bautismo el cobrar ó no la pensión, no se puede decir que el testimonio de que se valió le fuera indispensable.

Aquí conviene tratar un punto importante.

Se dirá que con las informaciones no consiguió la pensión y con la partida estuvo á punto de obtenerla. No es cierto: con la primera información se consiguió cobrar la pensión, como consta de fs. 1 á 13 del expediente caratulado «Anastasia Alvarez de Viñas, cédula y pensión», y si con la segunda no se obtuvo lo mismo, fué debido á que doña Pastora se limitó á presentar en el juicio que siguió con el Fisco, una información producida sin citación del Fiscal de Hacienda, en vez de hacer declarar en forma á sus testigos con esa citación, y además á que no probó su estado dentro del término que le señaló la resolución del Gobierno que obra á f. 23 del expediente administrativo caratulado «Pastora Viñas, por traspaso de pensión».

La filiación legítima de doña Pastora Viñas está, por

otra parte, archiprobada por ante los jueces civiles, como ya lo hemos dicho, y en todo caso, si esa filiación no fuese la que indica la partida de bautismo, no sería tampoco la que declaran las sentencias de los magistrados judiciales del orden civil, con la diferencia sin embargo, de que con la partida parroquial doña Pastora no cobró ni un solo centésimo, y con las informaciones civiles cobró muchos miles de pesos, como ya se ha dicho, sin que á nadie se le haya ocurrido procesar á aquellos magistrados, pues obraron dentro de sus facultades jurisdiccionales y en mérito de pruebas bastantes y de conformidad fiscal; exactamente lo mismo que Monseñor Haretche.

Si la partida de bautismo hubiese consignado que el bautismo de la señora Viñas se había celebrado en 1864 y se hubiese extendido con la fecha en que se inscribió, con ó sin expresión de que se verificaba la anotación á los efectos canónicos, no se habría producido dificultad alguna, porque después de las leyes de febrero de 1879 y de mayo de 1885, los asientos parroquiales están desprovistos de valor probatorio en juicio civil.

La tacha de falsedad no se refiere, pues, á la partida ó al contexto del documento, sino al hecho de haberse agregado esa partida en hoja suelta al libro del año 1858 y subsiguientes, en la parte destinada al año 1864, indicando como foja la de 242 bis.

Esa misma anotación en hoja suelta fué corregida por la Vicaría que observó que la partida debía extenderse en el libro corriente que correspondiera á la fecha de la orden vicarial, según consta en la diligencia de f. 22 vta.

Y si realmente se cometió una irregularidad, ella se realizó en los libros privados de la Iglesia, en asientos que carecían de efectos civiles y con fines puramente espirituales, dígame lo que se quiera.

De una irregularidad inocente, á cometer el delito de falsificación, media una diferencia que sólo la ofuscación puede salvar; y si la falsificación no ha existido, el artículo 242 del Código Penal no es aplicable á nuestros representados, pues esa disposición legal establece que cuando el culpable cometiere alguno de los delitos indicados en los artículos precedentes para proporcionarse ó proporcionar á otro un medio probatorio de hechos verdaderos, será castigado, etc.

De modo que si no se comete el delito de falsificación en la forma y circunstancias que se indican en los artículos 240 á 245, no se incurre en el delito legislado por el artículo 246 del Código citado.

No habiendo falsificación, como no la hay en este caso, el artículo 246 del Código Penal carece de aplicación.

Si de una falsificación se tratase, ni se hubiese producido información, ni se hubiese puesto nota marginal en la partida, ni ésta constataría un hecho verdadero, ni se hubieran dejado rastros tan notorios por el autor del delito para que se le encontrara, ni se hubiese mostrado al señor Zas la orden de la Vicaría, todo lo que excluye el supuesto gratuito de la falsificación.

Puede criticarse el procedimiento, no nosotros mismos lo criticamos porque da ocasión al fraude de interesados de poca conciencia; pero de ahí á deducir que se ha cometido delito, y delito grave, acto criminal consciente, no es ni racional, ni legal, ni siquiera humano.

Ni Monseñor Haretche, ni el párroco de la Unión señor Gimalac, han cometido, pues, delito alguno, y este sumario debe sobreseer como se sobreseyó en caso análogo sobre anotación de la partida de matrimonio del señor Arrascata.

En ese asunto el doctor Pastor declaró el sobreseimiento, estableciendo las mismas conclusiones que dejamos consignadas, ó sea que la omisión de la nota marginal del asiento en el testimonio expedido, no constituía delito de falsificación, que no eran aplicables las disposiciones de los artículos 240 y siguientes del Código Penal, y que no correspondía la aplicación de pena alguna.

Esa sentencia fué confirmada por un Tribunal compuesto por los doctores Otero, Lapeyre y Duvimioso Terra, en los siguientes términos:

«Vistos: en segunda instancia esta causa seguida contra don Eusebio Clavell con motivo de denuncia sobre falsificación de una partida de matrimonio, formulada por don Félix Osinaga, venidos en apelación por la que dedujo el señor Fiscal del Crimen de la sentencia de f. 191.

«Admitiendo los fundamentos de la sentencia apelada, y

«Considerando: Además, que la partida de matrimonio de que se trata no puede considerarse como entrañando el delito de falsificación, desde que constata un hecho verdadero, como se probó plenamente en la información ante la autoridad civil con intervención del Ministerio Público, según resulta del expediente agregado;

«Considerando: Que sean cuales fueren las irregularidades de forma en que incurrieran las autoridades eclesiásticas en cuanto á la inscripción de la partida en el libro parroquial, esas irregularidades quedaron subsanadas desde que la partida fué inscrita en el Registro Civil por mandato de la autoridad civil, con intervención del Ministerio Público en las mismas condiciones en que se había inscripto en el libro parroquial en cuanto á la parte fundamental del documento, ó sea en cuanto á las personas que contrajeron el matrimonio y á la fecha de su celebración;

«Considerando: Que la nota marginal puesta por orden de la Curia Eclesiástica en la referida partida, lejos de entrañar una intención dolosa, no tuvo otro objeto que el de salvar la responsabilidad del cura párroco encargado del Registro y el de mantener la reserva con que á solicitud de los contrayentes se celebró el matrimonio de don Ruperto Arrascaeta con doña Fermína Fernández, secreto que por otra parte respondía al fin honesto de que continuaran siendo considerados como legítimos esposos en la sociedad en que en tal carácter alternaban;

«Considerando: Finalmente, que los Jueces tienen el deber de decretar hasta de oficio el sobreseimiento cuando juzguen que no hay base para la prosecución del proceso (artículo 201 del Código de Instrucción),—

«Por tales fundamentos, se confirma la sentencia apelada.

«Hágase saber y devuélvase.—Terra—Otero—Lapeyre».

Con ese antecedente luminoso, damos por terminado el examen del punto á que se refiere este capítulo.

III

Si Monseñor Haretche y el párroco señor Gimalac no cometieron el delito de falsificación, ¿fueron cómplices en los actos realizados por la parte de la señora Viñas?

Este punto no merece ser tratado sino en muy pocas palabras.

El cómplice es el que coopera á la ejecución del hecho punible, y el hecho punible en el caso sería el que se

realizó solicitando el asiento de una partida de bautismo en los libros parroquiales para hacerla valer ante la Iglesia y utilizarla inmediatamente para fines diferentes y lucrativos, afirmando que aquélla había sido encontrada providencialmente.

En ese hecho, de cuya culpabilidad no tenemos para qué ocuparnos, ninguna cooperación prestaron nuestros representantes.

Forzoso es reconocer, pues, que de tal complicidad no hay en el sumario ni el más ligero indicio, si no se quiere incurrir en una superchería impropia de quienes proceden de buena fe.

IV

¿El cura párroco de la Unión cometió algún delito castigado por la ley penal al asentar la partida en la forma en que lo hizo?

La negativa es evidente; el cura párroco aludido no hizo sino cumplir un mandato del superior, dictado en uso de facultades jurisdiccionales propias, y al hacerlo así no cometió delito alguno.

El delito de falsificación á que alude el señor Fiscal, único que puede discutirse, pues es el que se dice cometido, ya lo hemos dicho, no resulta probado en este sumario de ninguna manera.

Si el párroco se equivocó al poner una hoja suelta en los libros, es esa una cuestión extraña á la jurisdicción de los tribunales civiles, porque se habría cometido en libros meramente sacramentales, de pertenencia privada de la Iglesia.

V

La acción que en el caso de haberse cometido delito procedería, está prescripta.

En el caso más desfavorable para nuestros representados, y suponiendo aplicable el artículo 246 del Código Penal, como lo hemos demostrado, la acción estaría prescripta.

El artículo 100 del Código Penal dispone en su inciso 4.º que prescriben á los cuatro años los delitos cuando la pena aplicable es de prisión de uno á dos años ó multa de cien á quinientos pesos.

La pena que el artículo 246 establece, es de 18 á 21 meses, menor por consiguiente de dos años; luego, habiéndose mandado inscribir la partida el 4 de agosto de 1903 y expedidose testimonio de ella el 7 de septiembre del mismo año, han corrido desde entonces cinco años y medio.

Es evidente que la acción estaría indiscutiblemente prescripta.

VI

¿Pueden los apoderados de los prevenidos Monseñor Haretche y presbítero Gimalac solicitar el sobreseimiento, no habiéndose constituido aquéllos en prisión?

El artículo 201 del Código de Instrucción Criminal dispone que en cualquier estado de la causa en que suficientemente conste la inculpabilidad de los detenidos, se sobreseerá en ella poniéndolos en libertad.

Ese sobreseimiento puede indiscutiblemente decretarse de oficio.

Por otra parte, la prescripción puede y debe decretarse de oficio, aunque el reo no la haya alegado, según el artículo 108 del Código Penal.

En esos casos en que corresponde el procedimiento de oficio, es lógico admitir que los apoderados de los prevenidos tienen la facultad de solicitar el sobreseimiento de la causa, y esa doctrina sensata es la que ha predominado en nuestros Tribunales.

En el sumario instruido contra Manuel Cordero y otros, en el que intervino como defensor el doctor De-Maria, se admitió su defensa alegando la prescripción en favor del prevenido, que no pudo ser arrestado.

En el sumario instruido contra don Justo P. Linares, cuya defensa asumió el doctor don Gonzalo Ramírez, se admitió la personería del apoderado del prevenido y se ha admitido también la intervención en defensa de los señores Abelardo Márquez y coronel Juan Francisco Pereyra, tratándose de actos comprendidos en una ley de amnistía.

Dados estos antecedentes y demostrado que el delito imputado á nuestros representados está prescripto, no puede negárseles el perfecto derecho de gestionar el sobreseimiento á su respecto.

No puede, además, desconocerse nuestra personería, porque como lo sostuvo el doctor don Gonzalo Ramírez en el sumario á que dió motivo la inscripción del matrimonio de don Ruperto Arrascaeta á que hemos hecho referencia, no es cierto que al impedir la Constitución nacional que los juicios criminales se sigan en rebeldía, impida también que se pueda solicitar el sobreseimiento cuando proceda, porque una cosa es seguir un juicio criminal, y otra poner término al sumario declarando la inculpabilidad del prevenido.

Si el precepto constitucional no ha impedido á V. S. decretar la prisión de nuestros representados, tampoco puede impedir que se solicite la declaración de inculpabilidad en estado de sumario y cuando el juicio no ha comenzado siquiera.

Aún producido el juicio penal, después de cerrar el sumario, cabe interpretar el precepto constitucional en el sentido de que es renunciable por el acusado por haber sido establecido en su beneficio.

Esa es la doctrina sustentada por el doctor Irureta Goyena, especialista en la materia, como puede verse en el número 4 del año 1905, página 55, de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION.

VII

En mérito de todo lo expuesto y pidiendo al Juzgado quiera disculpar la extensión que ha tomado este escrito, solicitamos se declare el sobreseimiento respecto de nuestros poderdantes.

Será justicia, etc.

Otrosí decimos: Que á los efectos de que el Juzgado tenga á la vista, antes de dictar resolución, algunos de los expedientes que hemos citado en el cuerpo de este escrito, pedimos que con calidad de para mejor proveer, se digno solicitar los autos que tramitan por ante el Juzgado de lo Civil de 1.^{er} turno, caratulados: «Pastora Viñas—produciendo información», y el que actualmente está archivado en el Juzgado del Crimen de 2.^o turno, caratulado: «Félix Osinaga—denuncia»; librándose al efecto los oficios del caso.

Otrosí decimos: Que interesados en derecho, constituímos domicilio respectivamente en la calle Rincón número 48 y Plaza Independencia número 19, lo que pedimos se tenga presente.

Montevideo, marzo 2 de 1909.

SENTENCIA EJECUTORIADA

Visto el petitorio de prescripción formulado en el escrito de f. 160 y al cual se ha adherido el Ministerio público según se expresa en su dictamen de f. 187;

Resultando: Que este sumario se instruyó en virtud de haberse denunciado la falsificación de una partida parroquial con la cual se pretendía justificar la calidad de hija legítima del fallecido coronel Vicente Viñas en favor de Pastora Viñas;

Que durante la instrucción del sumario se dió vista al Ministerio público, quien á f. 117 solicitó la prisión de los sacerdotes Santiago Haretche y José M. Gimalac, como también la de Pastora Viñas, Julio Sáez y Antonio Laguardia;

Resultando: Que á f. 119 vuelta el señor Juez de Instrucción de 2.^o turno decretó la prisión de todos los nombrados, menos la de Sáez;

Que en diciembre 16 del año pasado (f. 120) el señor Fiscal manifestó que si el Juzgado consideraba prescripta la acción penal con respecto al delito imputado á Julio Sáez podía declararlo así, pero el señor Juez instructor no resolvió ese petitorio dictando en su lugar algunas diligencias para mejor proveer;

Resultando: Que la única prisión que pudo hacerse efectiva fué la de Pastora Viñas, no habiendo sido habidos Haretche, Gimalac y Laguardia, los que por lo tanto son prófugos á los efectos de la ley;

Resultando: Que á f. 160 se presentaron los señores Jacinto Casaravilla y Antonio J. Ríos como apoderados de los sacerdotes Haretche y Gimalac sosteniendo que sus patrocinados no han cometido delito alguno y pidiendo en consecuencia el sobreseimiento con respecto á ellos;

Que en el mismo escrito y á f. 179 sostienen que en el supuesto, de que el delito se hubiera cometido, la acción estaría prescripta;

Que de ese escrito se dió vista al señor Fiscal, quien expuso que no aceptaba la personería de los doctores Casaravilla y Ríos en la representación invocada sobre el fondo del asunto; pero como en su petitorio se contenía una denuncia de prescripción la cual puede ser resuelta hasta de oficio, se ocuparía de ella;

Que según el Ministerio público, «el hecho del nacimiento y la filiación legítima de Pastora Viñas ha podido ser aceptado como cierto, dado los antecedentes últimamente agregados, en cuyo concepto la configuración del delito sería una especie menos graves que la del primeramente imputado. De modo que si los nuevos elementos traídos al estudio del caso cuestionado pueden hacer variar los factores jurídicos de la delincuencia inculpada, forzoso es admitirlos, no para el simple levantamiento de la orden de prisión por vía de sobreseimiento á base de inculpabilidad absoluta, sino por la vía de prescripción á título de la extinción del derecho de hacer efectiva la responsabilidad penal»;

Si la filiación legítima de Pastora Viñas (dice el señor Fiscal) «puede ser aceptada como cierta por los jueces civiles, según resulta de los antecedentes últimamente agregados, al punto de mandarse inscribir la información que tendió á darles base en los libros públicos del Registro del Estado Civil, debe presumirse, desde que no existe prueba en contrario, que los sacerdotes requeridos cometieron el hecho delictuoso de que se trata, con una supuesta base de verdad.

En el presente caso la acción de la falsedad, la disposición que en general las castiga, existen; pero tam-

« bien existe otra disposición que aminora el castigo cuando el delito ha tenido por base un principio y una creencia de verdad, el artículo 246 del Código Penal.

« Y como la pena establecida en él es de diez y ocho á veintidós meses de prisión para el delito de falsificación de documentos públicos tendientes á querer probar un hecho reputado como cierto, y como desde la comisión de las transgresiones cometidas por los requeridos Haretche y Gimalac hasta la fecha del auto de prisión han transcurrido más de cuatro años, conceptúa el Fiscal que el hecho punible de que aquéllos son autores ha entrado ya en el terreno de la prescripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1000, 4.º apartado del Código precitado;

« Procede en consecuencia, que se haga de oficio la respectiva declaratoria de prescripción, mandando declarar sin efecto las órdenes dictadas para la prisión de los sacerdotes Haretche y Gimalac »;

Desde que éstos son prófugos, los procedimientos con respecto á ellos deben quedar paralizados, por cuanto los juicios criminales no pueden seguirse en rebeldía como bien claramente lo dice la ley y lo confirma la práctica constante seguida en nuestros tribunales;

Considerando: Que el Ministerio público ha caracterizado hoy el delito imputado á los prófugos, como el previsto y castigado por el artículo 246 del Código Penal;

Que ese delito se castiga con diez y ocho á veintidós meses de prisión y se prescribe con arreglo al artículo 1000, número 4.º del mismo Código, á los cuatro años;

Ahora bien: el último acto realizado por Haretche en la información que dió mérito á la inscripción de la partida atacada, fué el 4 de agosto de 1903 (f. 19 vuelta) y el último de Gimalac al expedir testimonios de dicha partida es el 7 de septiembre del mismo año (f. 70 del expediente caratulado « A. A. de Viñas, cédula y pensión », que corre agregado);

Que desde esas fechas hasta la de diciembre 14 de 1908, que se dictó el auto de prisión contra los nombrados Haretche y Gimalac, es decir, desde que se inició el primer procedimiento directo contra ellos (artículo 102 del mismo Código) han transcurrido con exceso los cuatro años que exige la ley para que la prescripción se opere;

Considerando: Que operada la prescripción como queda demostrado, su declaración es obligatoria para los Jueces, según lo ordenan el artículo 108 del Código ya recordado y el 417 del de Instrucción Criminal;

Que esa prescripción en el caso, se hace más equitativa además de ser legal, cuando desde los principios de la instrucción sumarial se ha considerado que corresponde declarar á favor de Gimalac, el cual debía ser reputado como autor y en igual situación legal que Haretche, dada su intervención tan directa é inmediata en los hechos que motivaron este proceso, según la calificación que hace el artículo 21 del Código Penal respecto de las personas que intervienen en la realización de actos que pueden reputarse delitos;

Considerando: Que el proveyente no puede hacer ninguna otra apreciación respecto de la situación legal de los otros imputados en este proceso, fuera de Haretche y Gimalac, por cuanto la causa subió á este Juzgado al solo efecto de resolver el peticionario de prescripción solicitada por los apoderados de estos últimos inculcados;

Por estas consideraciones, declárase prescripta la acción criminal seguida á Santiago Haretche y José María Gimalac en esta causa.

En su consecuencia, déjanse sin efecto las órdenes de prisión dictadas contra ellos, librándose los oficios del caso.

Cumplida, devuélvase el expediente, para que se sigan los procedimientos, debiendo la causa elevarse en consulta en oportunidad.

Montevideo, 21 de junio de 1909.

Pastor.

Discurso

pronunciado en la colación de grados de los doctorados en la Facultad Libre de Ciencias Jurídicas y Sociales de Río Janeiro, por el doctor Lima Drummond.

Transcribimos á continuación, traducido expresamente para los lectores de LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN, el notable discurso pronunciado por el doctor João da Costa Lima Drummond, ilustrado profesor de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Río Janeiro, en la colación de grados de enero de 1909.

Mis jóvenes colegas y mis apreciados amigos:

Ya os dije en otra ocasión, cuánto admiran vuestros maestros este grupo de doctores, tan distinguidos por el talento y por la aplicación al estudio, como por la extraordinaria corrección de todos los actos de la vida académica. La admiración que nos inspirasteis es el testimonio elocuente de vuestros méritos excepcionales. Tiene, por consiguiente, una significación especialmente honrosa la estima con que me deparasteis esta tribuna para que yo os dirigiera, como parainfo, las palabras de despedida de esta casa, cuando vais á iniciar vuestra vida pública, en busca de felicidad y de gloria, en el servicio de la patria como luchadores del Derecho.

¿Queréis oír, dichas por mí, las palabras de la experiencia, que, en las emociones de este día, nos suministra siempre nuestro corazón?

Pues bien: yo quisiera deciros las afirmando que la felicidad y la gloria, sólo se encuentran haciendo el bien aún á trueque del mal, en la serenidad imperturbable de una conciencia altiva y pura.

Es necesario, sin embargo, que no os engaños con las apariencias del bien en cualquier situación de la vida; teniendo siempre cuidado con los aplausos desleales de mentidas ponderaciones.

Buscad, por consiguiente, inspiraciones en vuestra conciencia esclarecida é imparcial, para el juicio de vuestros propios actos.

Para demostraros la pregonada necesidad, incluí, en vuestra nómina, el concepto del Arte práctico de Horacio: *Decipimur specie recti...* el cual deberá también guiarnos, cuando pugnéis por la civilización de la patria, defendiendo el derecho.

Este recuerdo solemne se me figuró proficuo, porque somos un pueblo de raza latina, fácilmente seducible por las apariencias, en la propensión, por la simetría exterior, por el aspecto decorativo de las cosas, sin una preocupación seria por su naturaleza íntima. Es la preferencia instintiva de la forma al fondo, de las cuestiones en la vida humana. Son las lentejuelas de la ficción, en un simulacro de progreso.

El fenómeno evolutivo coincide con la lucha incesante entre la inmutabilidad y el movimiento, entre la tradición y el progreso, que, en la reciprocidad de acciones y reacciones inevitables, expresan la perfectibilidad indefinida de la especie humana en busca del infinito que es Dios! Cuando, no obstante, los hombres se desorientan, en el yerro ó en la incertidumbre, aléjanse los elementos de la lucha. Así como el espíritu de tradición degenera en rutina, el espíritu de progreso se pervierte en el ansia loca de novedades, como si el legado del pasado no fuese el precioso patrimonio de la experiencia en las páginas de la historia, si no archivases el beneficio del ejemplo y de la eficacia de una lección experimental. Cuando esto acontece, los individuos y los pueblos disipan en la insanía de las demoliciones iconoclastas y en una orgía de quimeras, sus actividades, en perjuicio de la propia civilización á que aspiran. Es preciso observar y reflexionar para inducir con seguridad sin la ilusión de las apariencias del bien. No se concibe el misoneísmo por preconcepto en relación con el aspecto naturalmente transitorio de las cosas mundanas, ni es admisible el frenético é ineficaz encomio de la negación de las verdades eternas. Lo que conviene es el incentivo de un ideal, que no aleje el símbolo del absurdo en el desvío del espíritu humano alucinado por el orgullo ó rebajado por la corrupción, es interdictado por igual para la verdad y para el bien.

Es inútil fijar embebido una utopía, soñando con mirajes que se disipan al soplo de la realidad de la vida. En la escala de los sentimientos humanos, se da á un tiempo la nota de lo sublime y la nota de lo cómico, y la gente se asemeja al héroe inmortal de Cervantes, cuyas aventuras son ridículas sin que él de eso se aperceba porque su intrepidez es verídica. El absurdo de sus actos, proviene del desconocimiento en que estaba del medio de la vida real. Es esa la justicia hecha á Don Quijote de la Mancha por la crítica sensata.

En el devaneo de los visionarios impenitentes opuestos á los empirismos de otras eras, bien se podría descubrir, con la lección de Bacon, el aspecto de las urdimbres ó telas de araña.

Mas, para evitar en el dominio del derecho en que vais á trabajar, la ilusión maléfica, cumple investigar en las costumbres el desenvolvimiento progresivo del pensamiento humano. La vida es insumisa y rebelde al arbitrio de prescripciones legales, imaginarias. Poco importa que desde el punto de vista filosófico, las leyes sean, por la coordinación lógica de sus elementos, una obra maestra, un modelo artístico de raro y subido valor, tejido por la imaginación del legislador con la paciencia y la tenacidad de un apóstol de utopías, desde que esas leyes se adaptan á las relaciones jurídicas preexistentes. Habrá apenas la expresión de un ideal que exalta en la contemplación de lo bello el alma del artista divorciado, ó sea, de la realidad de la vida. Nunca será un documento humano. Y en esos caprichosos devaneos que anticipan en la visión y en el siglo de progreso, hay un asombroso peligro social.

Los principios fundamentales del derecho son el orden social y la libertad individual. La mutua limitación de las actividades individuales en provecho del orden social, en la organización objetiva de la libertad, dimana evolutivamente de las ideas y de los sentimientos humanos, á través de las múltiples preocupaciones de la existencia social.

La ley debe ser la expresión de la vida íntima de los pueblos en su estructura orgánica. No es la ley la que hace el derecho, es, al contrario, el derecho el que debe hacer la ley.

La sabiduría de los romanos formuló la solución del problema político con la acostumbrada precisión, en estas palabras: « *non est regula jus sumatur sed, ex jure quod regula fiat* ». Observado el precepto filosófico, los antagonismos individuales y colectivos se reconcilian en la solidaridad natural y espontánea, al paso que la historia rememora las represalias correlativas al vilipendio del derecho en las propias leyes. Los excesos autoritarios, bajo la fórmula de leyes opresoras de la conciencia jurídica de una época, son presagio infalible de destrucción y aniquilamiento. Refiere Plutarco que Diao, el libertador de la Sicilia, estaba sentado, meditabundo, bajo un pórtico, envuelto en sombras crepusculares, cuando despertado por un ruido, entrevió una mujer alta, delgada, pálida, semejante á una furia trágica, que caminaba en todas direcciones, barriendo vehementemente las losas del vestíbulo, y que desapareció en seguida, expulsada por los gritos de Diao.

Pero, algunos días después, cumpliése el siniestro vaticinio: consumóse el exterminio de su raza y de su casa. *Mutatis, mutandis*, visión análoga á la de Diao, bien pudieran tener los pueblos con la aparición de los legisladores tiránicos. En tales casos se oye al principio el murmullo indeciso del pueblo que se agita; más tarde ese murmullo confuso se acentúa en los clamores irresistibles de los que piden justicia. Es la nación que protesta contra el Estado prepotente; es el pueblo que reclama conta la servidumbre; es, finalmente, la multitud que delira en los paroxismos del sufrimiento. Transfórmase en fantasía doctrinaria ó sectaria, la misión legislativa, y en tanto, perturbadas las funciones del organismo social en una manifestación patológica de desesperación, ó el poder público domina, con virtiéndose esclavizador de las conciencias, ó el poder público sucumbe al embate de oligarquías triunfantes.

No, en nuestro caso, se confunden las mismas ruinas, la orden jurídica y la orden social que en la orden jurídica se fundamenta. Conjurada, no obstante, la crisis que conflagrará el organismo social por la destrucción de sus elementos de vitalidad, en el vilipendio del derecho prosigue el trabajo lento de las ideas en la dirección de la perfectibilidad humana. El tumulto violento de las pasiones y la astucia de los intereses encontrados, esto es, la fuerza y el fraude, parecen anular el lento trabajo de las ideas.

De repente, sin embargo, la opinión pública se transforma y las costumbres se modifican: descúbrese la continuidad persistente de la influencia de las ideas en la orientación de los espíritus y en la dirección de los acontecimientos sociales.

De esta manera se presenta la acción del jurista sobre el desenvolvimiento progresivo del derecho y sobre los intereses de la justicia. Por su cultura especial, mejor que la de cualquier otro reformador, ella se dedica á cuidar del bien público, en las reformas legales, de criterio y oportunas. Su indiferencia es desoladora.

No deben ser sacrificadas las nobles y desinteresadas ambiciones de hombres de ciencia, de exclusiva actividad profesional. Presérvase el pueblo brasileño de asistir al triste espectáculo dado al pueblo romano por los retóricos y sofistas de otras épocas, los cuales en su mayoría convertían las ciudades en asambleas de discursos y controversias inspiradas por el prurito mercantil del egoísmo extralimitado, en vez de hacer por la propaganda de las ideas y de los mejoramientos sociales. Vuestro ejemplo ha de ser provechoso á la causa de la Patria.

Dedicaros vosotros con la cultura de vuestro entendimiento y la fuerza de vuestra corrección al advenimiento

to de un estado social mejor, en que cada vez más el derecho de los débiles y de los oprimidos sea una realidad intangible. Sólo así, la obra del jurista será un tributo insignificante a la civilización cristiana.

Apagados, por tanto, los ecos de los justísimos aplausos y de los sinceros homenajes a vuestros triunfos académicos, cuando tengáis que meditar sobre el futuro de la Patria nunca os olvidéis de la solución del problema político.

En el amago de la controversia suscitada por la solución del grave problema, lo que se vislumbra siempre claramente, son las dos tendencias que tradicionalmente solicitan las simpatías del espíritu humano a través de los siglos: la del derecho y la de la fuerza. Juristas del siglo XX, es innecesario decir cuál será la simpatía que deberá orientar vuestra actividad.

Para ello, sin embargo, no basta tener la idea: es menester cultivar además el sentimiento del derecho; es preciso, ciertamente, pensar y sentir. Con el sentimiento del derecho se educa el carácter: se obtiene al mismo tiempo la nítida percepción de la grandeza de la defensa del derecho propio y de la grandeza del respeto del derecho ajeno, es decir, del derecho y del haber de cada uno. Es cuando el carácter está educado por el amor y por el respeto del derecho que se tiene el culto de la justicia y se previene la anarquía moral que todo lo contamina, que todo lo subvierte. La misión del jurista es insustituible en esa propaganda civilizadora, ó mejor dicho, en ese movimiento intelectual, que se adelanta en la formación de la opinión pública como precursora del movimiento político. Es esta ocasión apropiada para que yo recuerde todo eso a esta pléyade ilustre de nuevos misioneros del Derecho.

¿Queréis tener, mis apreciados amigos, en una reminiscencia literaria é histórica, la prueba del valor de una propaganda? En Andrómaca, la tragedia que fué la revelación del genio de Racine, como el Cid lo fué del de Corneille, esa mujer admirable, cuya delicadeza de sentimientos ningún poder es capaz de mancillar, antes de partir para la muerte, que le parece inevitable, confía á Oseio el hijo desheredado, que ella desea se resigne á su infortunio.

«Mequill ne songe filus Chephise, a nous venger».

Es el verso de Racine. Pues bien: en el testamento de Luis XVI y en la carta escrita por María Antonieta á su hermana, en la víspera del suplicio, para recomendarle el hijo, se ve evidentemente la influencia del testamento de Andrómaca. La tragedia era uno de los medios educativos de la Francia aristocrática.

Vuestra tarea es, pues, el apostolado del bien, con la pluma y con la palabra. En el corazón de los que sufren las injusticias sociales existe siempre el sentimiento profundo de la grandeza de ese apostolado, y por eso mismo, de los labios de todos los oprimidos, partió siempre, es la verdad, la evocación del derecho, que ellos distinguen perfectamente de la ley. La ley, no será el derecho si no corresponde á las exigencias de la vida, á la fórmula de las relaciones entre la autoridad y la libertad. Es de las relaciones concretas de la vida que se debe extraer el derecho cuyos elementos psicológicos son: el espíritu del pueblo y el espíritu de la época. Solamente así, será la justicia esa armonía admirable, que es la expresión histórica del derecho reflejándose en la solidaridad humana.

Mas, cuando el derecho adquiere un cierto grado de desenvolvimiento, se substrahe al conocimiento de la multitud, y solamente por un estudio especial puede ser comprendido. El jurista es un producto, inevitable de la his-

toria. Surge en la vida social, porque tiene necesidad de ella. El jefe genial del naturalismo jurídico, lo demostró de un modo brillante y enaltecedor, en ese libro extraordinario que se titula «El espíritu del Derecho Romano». Manifiéstase en la esfera jurídica como la aparición inevitable del jurista, una ley general de civilización, la de la división del trabajo por especialización de funciones. Es la cooperación compleja en el interés común.

Pero la comprensión y la aplicación del derecho presuponen: primero, esa capacidad de abstracción, que habitúa á pensar en el derecho, separado de los actos, la cual sólo se adquiere á costa de grandes esfuerzos y mucho ejercicio; y el hábito particular de retratar en el mundo subjetivo el cosmo fenomenal del derecho: es la *intuición jurídica*,—segundo, la capacidad de obrar con el auxilio de las nociones del derecho, esto es, de transformar alternativamente lo abstracto y lo concreto, percibiendo nítidamente los principios del derecho en las especies propuestas, lo que significa hacer el diagnóstico jurídico; es el *arte jurídico*.

La *intuición* y el *arte jurídicos*, completan la educación jurídica. Y es esta educación, la que distingue al jurista de quien no lo es.

Pues bien: si la tarea del jurista tiene la importancia de que os acabo de hablar, y si el jurista no puede prescindir de la educación jurídica en el momento histórico en que vivimos, la decadencia de la enseñanza jurídica es una calamidad para la civilización de un pueblo. Para obviarla, nadie contesta la renovación y la organización meditada de un plan de estudios. La distribución de las materias de los cursos jurídicos debe ser la preocupación más seria del legislador. No está de más asegurar, por ejemplo, que, en el actual plan de estudios, se convierte el primer año de curso en una flagrante inutilidad, por cuanto, al paso que allí se enseña el derecho privado de los romanos, antes de enseñarse el derecho privado nacional—enseñase también la filosofía del derecho en vez de enseñarse la enciclopedia jurídica que inspiraría á la juventud, al iniciarse el curso, con la majestuosa perspectiva de la unidad del derecho, el respeto y el interés por la noble ciencia cuyas divisiones se vinculan por una dependencia absoluta con la heterogeneidad definida y coherente del propio organismo jurídico.

Pero cualquiera que sea la organización preferible de un plan de estudios, la verdad es, que la señalada decadencia proviene menos de la benevolencia en el juicio de los exámenes, que del método adoptado en la enseñanza.

Por la severidad de los juicios púdesese verificar y proclamar, que el derecho no fué aprendido; pero, lo que es esencial, es que se pueda decir, que el derecho fué debidamente enseñado y podía ser fácilmente aprendido. Y eso no se dirá si el profesor no hiciese entender al discípulo cada uno de los ramos del derecho á su vez, por una síntesis integral. Solamente con el estudio del conjunto, se podrá descubrir en las instituciones jurídicas el principio científico dominante, del cual las demás disposiciones legales son apenas aplicaciones lógicas, y así adquirir las nociones precisas y claras de la materia que se pretende estudiar; evitándose los estudios fragmentados, superficiales é indecisos, que dejan en el espíritu de los estudiantes como lección, un montón de prescripciones legales, inconexas, incomprensibles y absurdas, porque falta á los textos legales el principio, que os eleva á una vasta unidad, como desenvolvimiento de una idea fundamental. El estudio de los textos legales, completamente aislados en los dominios de la legislación de un pueblo ó de las legislaciones de varios pueblos, es el trabajo empírico y rutinario exclusivamente exégeta del leguleyo diplomado, ó no, por las Academias.

Pero la recomendable subordinación sistemática de los principios abstractos formulados en la ley, si contribuye al perfeccionamiento de la intuición jurídica, no sirve al arte jurídico que también se completa con la educación jurídica. Es menester repetir, que el Derecho es una ciencia de hechos susceptibles de observación, y no un conjunto de principios abstractos, imaginarios.—Y si sobre esos hechos debe recaer la observación del jurista, para comprenderlos en sí mismos y en las leyes que presiden su existencia, si es en la sociedad donde está depositado el tesoro científico de la jurisprudencia, el estudio del Derecho no puede ser desligado del ejercicio de esa facultad de transformar alternativamente lo abstracto y lo concreto en ejemplos abundantes, que permita despertar la preciosa aptitud para el diagnóstico jurídico, esto es, para la percepción nítida de los principios jurídicos en las especies concretas.

(Continuará).

Revistas jurídicas

Acusamos recibo de las siguientes revistas:

ALEMANIA

«Blätter für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre», número 2, Mayo de 1909.—Berlín.

ARGENTINA

«Revista del Notariado», número 140, año XII, junio 15 de 1909.—Buenos Aires.

BRASIL

«Revista de direito civil, commercial e criminal», número 2, volumen XII, Mayo de 1909.—Río de Janeiro.

CHILE

«Revista de Derecho y Jurisprudencia», números 2 y 3, año VI, Octubre y Noviembre de 1908.—Santiago de Chile.

ESPAÑA

«Revista de los Tribunales y de Legislación Universal», año XXXIV, tomo XLIII, números 14, 15, 16, 17 y 18, Abril y Mayo de 1909.—Madrid.

«Revista de las Prisiones», año XIV, número 19, Mayo 16 de 1909.—Madrid.

FRANCIA

«Bulletin mensuel de la société de législation comparée», año XL, número 3, Marzo de 1909.—París.

ITALIA

«Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza», tomo LXIX, número 5, Mayo de 1909.—Roma.

«Rivista Internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie», año XVII, tomo L, número 197, Mayo de 1909.—Roma.

«La Giustizia Penale», año XV, números 17, 18 y 19, 29 de Abril, 6 y 13 de Mayo de 1909.—Roma.

URUGUAY

«El Escribano Moderno», año I, número 19.—Montevideo.

Salvando erratas

En el interesante caso de jurisprudencia administrativa relativo a las obras de desmontes y terraplenes

efectuados en las vías públicas y al pago del empedrado de las mismas, se deslizaron varios errores que conceptuamos conveniente salvar:

Página 293. Párrafo 3.º Donde dice: «sólo llegan á tener noticias», debe decir: «sólo llegaron á tener», etc.

En el mismo párrafo 3.º, donde dice: «se verán desposeídos», debe decir: «se veían desposeídos», etc.

En el párrafo 5.º, donde dice: «en cuanto al propietario que haga directamente el empedrado», debe decir: «en cuanto al propietario para que haga directamente el empedrado».

En el párrafo 12, donde dice: «corresponde examinarlo ahora», debe decir: «corresponde examinar ahora».

En el párrafo 14, donde dice: «Todo lo que sea trabajo preliminar ó probatorio», debe decir «Todo lo que sea trabajo preliminar ó preparatorio».

En el mismo párrafo 14, se ha incurrido en la omisión de una frase incidental. Donde dice: «á pesar del gran movimiento de los trabajos», debe decir «época de gran movimiento de los trabajos», etc.

En el párrafo 15, donde dice: «gravado inconsiderablemente», debe decir: «gravado inconsideradamente».

Página 297. Donde dice: «que no estaban comprendidas las obras», debe decir: «que no estaban comprendidas en ella las obras».

Donde dice «investigación», debe ser «indicación».

Donde dice: «Así como tomando», debe decir: «Así tomando».

Donde dice: «En cambio este sería perfectamente», debe decir: «en cambio este ochavamiento sería», etc.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 20.-AÑO XV

EL DOCTOR MANUEL HERRERO Y ESPINOSA. *† en esta ciudad el 23 del corriente*, por el doctor Daniel García Acevedo, pág. 305.

JURISPRUDENCIA:

Las tierras que han sido poseídas por determinadas personas en calidad de colonos con anterioridad al año 1793, han salido del dominio fiscal, de acuerdo con la ley de marzo 17 de 1831 y el artículo 1168 del Código Civil.

El hecho del canon es la prueba documentada de la posesión.

Los sobrantes que se hallan en las mismas condiciones han dejado igualmente de ser propiedad fiscal, según se deduce del contexto del artículo 1168 del Código Civil, pág. 306.

LA INJURIA EN EL DERECHO CIVIL ROMANO, por el doctor Rafael Herrera Vegas (hijo), pág. 308.

EL CASO DEL P. HARETCHÉ.—*El delito de falsificación. La complicidad. La prescripción de acción. La representación de los prevenidos en juicio criminal no habiéndose constituido en prisión previamente los poderdantes*, pág. 310.

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA COLACIÓN DE GRADOS DE LOS DOCTORADOS EN LA FACULTAD LIBRE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE RÍO DE JANEIRO, POR EL DOCTOR LIMA DRUMMOND, pág. 317.

REVISTAS JURÍDICAS, pág. 320.

SALVANDO ERRATAS, pág. 320.

LA REVISTA

DE

DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berindague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Scarpio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustan, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaudi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campe, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tíó, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Wílliman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE JULIO DE 1909

NUMERO 21

Marcas de Fábrica

NOTA HONROSA PARA LA CÁMARA DE COMERCIO

Encontramos en uno de los últimos números de «El Telégrafo Marítimo» la honrosa nota que con viva satisfacción publicamos en seguida.

La «United States Trade Mark Association», formada por gran número de fabricantes de los Estados Unidos de América, es una sociedad de prestigio mundial, que tiene por objeto la protección de las marcas de fábrica en el mencionado país y la propaganda en el extranjero, á favor del respeto de los intereses de los fabricantes dueños de marcas.

Hace su propaganda por medio de una revista mensual que contiene valiosos trabajos sobre la materia y ha llegado á influir en la legislación de varias naciones, siendo una de ellas Ecuador, donde el año pasado fué sancionada una nueva ley de marcas de fábrica, proyectada por la dicha Asociación, y cuyo texto y comentario publicamos en los números 3, 4 y 5 del corriente año de esta nuestra REVISTA.

El principio sentado en esa ley es que quien primero ha usado una marca es el dueño de ella, pero si no la ha registrado, no tiene derecho á gozar de los beneficios y garantías que la ley acuerda á los fabricantes ó comerciantes que hayan hecho el registro.

Sabemos que en la formación de leyes de marcas de otros países, se ha tenido en cuenta la opinión de la Asociación de nuestra referencia.

Estos datos sirven para evidenciar la importancia del justo elogio que en la nota que va á continuación, se tributa á nuestra Cámara de Comercio.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN felicita á la Cámara de Comercio por el honor de que ha sido objeto por la «United States Trade Mark Association», honor que en gran parte corresponde al digno Presidente de la Cámara, don Joaquín C. Márquez.

Nueva York, junio 3 de 1909.

Señor Secretario de la Cámara de Comercio de Montevideo.—Uruguay.

Muy señor mío:

Somos deudores al Cónsul general del Uruguay en Baltimore, señor don Prudencio de Murguiondo, de un ejemplar del informe anual de esa corporación sobre el año 1908. La parte de la publicación que se refiere al registro de marcas de fábrica y á las opiniones emitidas por esa corporación en los casos mencionados, son del mayor interés é importancia. No podemos menos de felicitár á ese cuerpo por las avanzadas é ilustradas vistas

sobre derechos á la propiedad de marcas de fábrica y en pro de la supresión del fraude ó violación de marcas mencionadas en la publicación de la referencia. Creemos no exagerar al afirmar que el hecho de que el honorable Ministro de Industrias, Trabajo é Instrucción Pública sea guiado en estos asuntos por una corporación consultiva tan hábil é ilustrada, coloca á su país á la cabeza de los países sudamericanos en lo que concierne á la protección que acuerda á esta forma de la propiedad. Las opiniones contenidas en el informe de esa corporación están en marcado contraste con aquellas que priman en general en los países sudamericanos.

Esta Asociación está verdaderamente deseosa de obtener cualquier informe sobre su organización, anterior al año 1908, conteniendo la discusión sobre casos de marcas de fábrica análogos á aquellos que aparecen en el número del año pasado. La Asociación posee la más completa biblioteca sobre marcas de fábrica de los Estados Unidos y posiblemente del mundo entero, y consideramos una colección de estos informes como una valiosa adquisición para nuestra biblioteca. Tendríamos mucho placer en enviar en cambio el boletín de la Asociación que se publica mensualmente. Apreciaríamos en gran manera una colección de los informes de ustedes sobre este punto, si es que puede obtenerse, y cualquier otra información referente á marcas de fábrica en su país que usted pueda proporcionarnos de tiempo en tiempo.

Podrá tal vez interesarle á usted que la «United Trade Mark Association» obtuvo durante el año pasado la sanción en el Ecuador de una nueva ley de marcas de fábrica que ha despertado considerable interés y comentarios á través de los países sudamericanos.

En estos momentos el gobierno del Perú está considerando una nueva ley de marcas de fábrica, modelada sobre la del Ecuador, y otros países están poniendo el asunto sobre las mismas líneas.

Por este correo enviamos á usted una copia de la solicitud presentada al honorable Presidente del Congreso del Ecuador conjuntamente con otra solicitud y comentarios correspondientes que esperamos sea de algún interés para esa corporación.

Confirmándole nuevamente el placer que experimentamos al ponernos en comunicación con una corporación como la de usted y esperando que nuestras relaciones llegarán á estrecharse más y que nos prestaremos recíproco apoyo para promover relaciones comerciales entre los respectivos países, quedo de usted muy atentamente suyo.

Por la «United States Trade Mark Association»,

A. W. Barber,
Secretario.

La opinión pública, como factor en las democracias americanas

POR EL DOCTOR L. S. ROWE

(Delegado de los Estados Unidos de Norte América)

ESTUDIO PRESENTADO AL PRIMER CONGRESO CIENTÍFICO PAN-AMERICANO

La opinión general sobre la Constitución de los Estados Unidos ha sido expresada, durante muchas décadas, por las palabras de Gladstone, quien ha afirmado que es

el documento más importante que el hombre haya escrito. En los Estados Unidos, y en cierta manera en toda la extensión del continente americano, la Constitución ha sido objeto de una especie de culto fetichista, que ha impedido hacer su estudio con espíritu verdaderamente científico.

Sólo en el último tiempo hemos empezado á examinarla con alguna prescindencia de prejuicios tradicionales. Durante más de un siglo, toda duda sobre la sabiduría de alguna parte de la Constitución casi ha sido considerada como un sacrilegio. En las escuelas públicas de los Estados Unidos, y aún en sus Universidades, la Constitución ha sido estudiada como la última palabra de la sabiduría humana. En vez de tener presente su propia situación en la historia, se la ha tratado como si fuera el resultado de una inspiración divina.

Hasta cierto punto, esta circunstancia ha sido una fuente de energía nacional; ha robustecido la estabilidad del sistema político, dificultando las innovaciones y los experimentos. El respeto á la letra de la Constitución ha sido un factor importante para solucionar favorablemente ciertos períodos de crisis nacional.

Asegurada definitivamente la estabilidad, se manifestaron cada vez con más intensidad los peligros inherentes á la adoración de la letra de la Constitución; ésta, en efecto, sirvió para confirmar la opinión previa, fuertemente arraigada en la mente del pueblo americano, de que la Constitución proveía á un mecanismo automático de gobierno, que se pone en movimiento por medio de elecciones nacionales, y que no requiere la cooperación y vigilancia de los ciudadanos durante los períodos intermedios. Mathew Arnold ha dicho, con mucha justicia, que el pueblo de los Estados Unidos tiene una fe ilimitada en los mecanismos. En ningún orden de la actividad nacional es tan evidente esa peculiaridad, como en su actitud hacia el gobierno.

Este criterio mecánico del gobierno, tan característico de las ideas políticas que los Estados Unidos han heredado de la Gran Bretaña, ha echado raíces en todas las Repúblicas de América, y constituye una amenaza seria para el gobierno democrático.

Los principios incorporados en la Constitución de los Estados Unidos fueron la consecuencia lógica de la teoría de gobierno británica *whig* del siglo XVIII. Es una circunstancia significativa el que esta doctrina política se caracterizaba por una desconfianza en la democracia, que encontró su expresión en un principio cardinal: el establecimiento de un cuidadoso sistema de restricciones y equilibrios en la distribución de los Poderes públicos, en forma tal, que cada una de las ramas del gobierno sirviera de contrapeso á las otras. No sólo fué considerado el Poder Legislativo como una limitación para el Ejecutivo, y el Judicial para ambos, sino que la Legislatura fué organizada sobre la base de dos Cámaras, de modo que cada una de sus asambleas sirviera de restricción á las facultades de la otra. La representación de las diferentes clases sociales británicas fué consultada en la proporción necesaria para que cada una pudiera neutralizar los prejuicios y posibles excesos de las otras. El gobierno fué concebido como un mecanismo automático para proteger el orden público y los derechos individuales. Burke ha expresado claramente el sentimiento dominante de la época, al reducir el principio fundamental de la organización política á esta fórmula: «esa acción y reacción que en el mundo natural y político, de la recíproca lucha de fuerzas discordantes, extrae la armonía del universo».

La teoría de gobierno que dominó el pensamiento de

los fundadores del sistema político de los Estados Unidos no fué, en realidad, democrática. La filosofía británica *whig*, que tan poderosamente influenció a la Convención Constituyente, demostró una señalada desconfianza hacia toda tendencia democrática. Los que idearon la estructura de la Constitución norteamericana, miraban a las antiguas democracias de Grecia y Roma con no disimulada aversión. Para ellos, la democracia, en el sentido de gobierno ejercido por el pueblo, equivalía a la inestabilidad, al desorden, a la inseguridad de los derechos *reales y personales*. Madison tradujo claramente el espíritu dominante de esos tiempos al decir: «Las democracias han ofrecido siempre el espectáculo de turbulencias y contiendas, han sido siempre incompatibles con la seguridad personal de los derechos de propiedad, y en general, han llevado una vida tan breve, como violentas han sido sus muertes».

El propósito primordial de los padres de la República fué el organizar un gobierno capaz de dirigir al pueblo, en vez de ser dirigido por éste. «Al proyectar un gobierno destinado a ser ejercido por el hombre sobre el hombre, ha dicho Madison, la mayor dificultad consiste en habilitar al gobierno para dirigir a los gobernados, y en seguida, obligarlo a dirigirse a sí mismo.»¹

No debemos dejarnos engañar por el hecho de que los fundadores del sistema político de los Estados Unidos adhirieron con tanta tenacidad a la idea del gobierno representativo, porque en sus mentes, gobierno representativo y democracia eran dos conceptos enteramente diversos. Los representantes no eran considerados como delegados del pueblo sometidos a la opinión pública, porque en aquella época no existía opinión pública organizada. Eran personas elegidas con el solo propósito de que emplearan su criterio y sus conocimientos en favor de lo que estimaran conveniente para el bienestar del Estado.

La desconfianza hacia el gobierno popular se manifestó además en el decidido propósito de dificultar su acción gubernativa, colocando en su camino el mayor número posible de obstáculos. Mediante la separación de los Poderes ejecutivos, legislativos y judiciales, y la división de las Legislaturas en dos Cámaras, se intentó establecer un equilibrio de poder suficiente para resistir cualquier tempestad de las pasiones populares. Los autores de la Constitución adoptaron una teoría de gobierno esencialmente negativa: en su opinión, el único propósito de toda organización política es la protección de los derechos personales, y la defensa de la propiedad. Más allá de ese límite, la acción gubernativa es susceptible de degenerar en tiranía. Es, por consiguiente, importante organizar el sistema político de modo que el gobierno encuentre la mayor dificultad posible en traspasar esos límites.

Esta teoría puramente mecánica de gobierno no ofreció inconvenientes serios durante los primeros años de la República, debido al número relativamente reducido de las funciones del gobierno. Sin embargo, en cuanto los problemas sociales e industriales de la nación se hicieron más complejos, se manifestó la debilidad de ese plan. El sistema de restricciones y equilibrios estaba ajustado con tanta precisión, que no sólo dificultaba toda acción positiva, sino que amenazaba destruir toda responsabilidad política efectiva. Cada órgano de gobierno intentaba rehuir sus responsabilidades, descargando en otros ese

peso. La responsabilidad ante el pueblo no hubiera existido, a no ser por la organización nacional de los partidos, que asumieron la tarea de asegurar la cooperación armónica de los diversos órganos gubernativos, y de imponer una efectiva responsabilidad popular.

La formación de los grandes partidos nacionales tuvo esos resultados. Desde nuestro punto de vista, es evidente, para quien estudia las condiciones políticas de los Estados Unidos, que si por alguna razón la organización de los partidos se hubiera fraccionado en un número considerable de pequeños grupos, el funcionamiento del sistema de gobierno establecido en la Constitución hubiera sido casi ó totalmente imposible, y en todo caso, habría producido los más graves conflictos entre sus diversos órganos.

Aún cuando la responsabilidad ante el pueblo se aseguró hasta cierto punto por la formación de dos grandes partidos, la acción de sus jefes contribuyó a robustecer el concepto mecánico del gobierno. Interesaba a los directores de los partidos políticos fomentar la creencia de que el ejercicio del sufragio era el único requisito fundamental del régimen democrático, y que con él concluían los deberes cívicos del ciudadano; de este modo obtenían los jefes de partido una absoluta libertad de acción durante los períodos intermedios entre las elecciones. En su continua influencia sobre generaciones sucesivas, este criterio debilitó el sentimiento de la responsabilidad cívica, y facultó a quienes se disponían a hacer profesión de la política, para apoderarse de la total dirección del mecanismo gubernativo.

Sólo cuando los abusos originados por esta inacción amenazaron la solidez del sistema político nacional, comenzó el pueblo a apercibirse que había concedido demasiada importancia a la forma del gobierno, y descuidado su verdadera esencia. Bajo las formas del gobierno representativo, se estaba formando en los Estados Unidos, especialmente en las más importantes ciudades, una oligarquía de políticos profesionales, en cuyas manos se había reconcentrado la verdadera dirección de los negocios públicos.

Fué necesaria una larga campaña de educación para inculcar en el pueblo la noción del peligro de ese estado de cosas. La característica distintiva de la vida pública en los Estados Unidos, ha sido, durante los últimos diez años, ese esfuerzo para despertar en el pueblo el sentimiento de sus deberes cívicos, para organizar la opinión y convertirla en el factor dominante y dirigente de la administración de la cosa pública. Este esfuerzo, en gran parte ha sido coronado por el éxito, y ha ocasionado un cambio profundo en la actitud del pueblo hacia el gobierno. La tradicional desconfianza en el poder, la resistencia a entregar la autoridad suprema a una persona ó grupo de personas, la tendencia a considerar el gobierno como un mal necesario, el deseo de antagónizar la marcha de los negocios públicos por medio de antagonismos y transacciones entre los órganos gubernativos, todas esas actitudes populares van desapareciendo ante un concepto político que es, en realidad, mucho más democrático que aquel sobre el cual fué fundada la Constitución por sus primeros autores.

El primer indicio de este cambio de opinión sobre el gobierno consistió en el debilitamiento de la repugnancia popular a tolerar concentraciones del poder político. Se manifestó en primer término, en la administración de las ciudades más importantes, y se ha extendido gradualmente dentro de la organización de los Estados y del poder federal. Esta transformación del criterio popular no fué un resultado de raciocinios conscientes; al con-

¹ Federalista, número 51.—Véase también a Ford, *Rise and growth of American Politics*, capítulo V.

trario, fué una consecuencia de amargas experiencias. En efecto, gran parte del desorden, del derroche y aún de la corrupción característicos de ciertos servicios de la administración municipal de los Estados Unidos, puede atribuirse directamente á la imposibilidad de fijar responsabilidades definidas, como consecuencia del excesivo fraccionamiento del poder político.

La comparación entre la organización del gobierno y la organización de las empresas comerciales particulares, ha influenciado también profundamente en el pensamiento del pueblo. En ningún otro país del mundo el comercio y la industria han sido organizados tan despóticamente como en los Estados Unidos. La eficiencia obtenida por medio de la concentración del poder en la vida comercial, sirvió para llamar la atención sobre las posibles ventajas de este sistema, aplicado á la administración de los negocios públicos.

Sin embargo, la influencia política más importante consiste en la creciente convicción de que el gobierno democrático significa mucho más que gobierno representativo; que la solución de los complejos problemas sociales propios de nuestra civilización moderna requiere la cooperación activa del conjunto de los ciudadanos; y que la única salvaguardia permanente contra las más insidiosas formas de corrupción es la vigilancia dirigente y constante de una opinión pública ilustrada.

Es este un nuevo factor en la vida política de las naciones; lo comprueba el hecho de que ninguno de los primeros escritores políticos considera la opinión pública como elemento capaz de encaminar la acción gubernativa. Ni aún los creadores de la Constitución la tuvieron presente como una fuerza de importancia. Sólo desde que la educación popular ha elevado el nivel de la inteligencia pública, se ha manifestado este nuevo factor en toda su extraordinaria importancia. Por primera vez en la historia de los Estados Unidos, ha comenzado el pueblo á darse cuenta de que la buena administración no depende de un mecanismo gubernativo automático, sino de ciertos principios de conducta impuestos por la opinión pública.

Otro movimiento de opinión, de considerable trascendencia y estrechamente vinculado con el anterior, es el cambio gradual en la importancia relativa atribuida por el pueblo de los Estados Unidos al valor de las elecciones, de la organización de la administración pública. Las corrientes del criterio popular, hasta la última cuarta parte del siglo XIX, favorecían decididamente la aplicación del principio electivo no sólo á la generación del Poder Ejecutivo y Legislativo, sino también al Judicial. Toda restricción al principio electivo era generalmente considerada como antidemocrática. Los funcionarios de carácter puramente administrativo, tales como los *tesoreros* de los Estados y de las municipalidades, y otros que requieren cierta preparación técnica como los directores de las obras públicas municipales, los superintendentes de las escuelas, etc., eran todos nombrados por elección popular. En todo el sistema judicial de los Estados, desde los miembros de la Suprema Corte hasta los Jueces de Paz, eran seleccionados por medio del sufragio. El pueblo era llamado á llenar tantos cargos y empleos que la frecuencia de las elecciones se convirtió en una pesada carga. El efecto inmediato de esta situación fué la apatía del pueblo, y la consiguiente abstención en las elecciones de los Estados y de las ciudades.

El hecho de que la importancia de las elecciones ha sido exagerada más allá de su legítima esfera, ha sido corroborado por los desgraciados resultados de su aplicación al sistema judicial. La intervención de la política

partidista en la elección de los jueces ha ejercido en muchos casos, una influencia deplorable en la administración de la justicia, y algunas veces, ha sido la causa directa de la corrupción de la magistratura.

Esta combinación de causas ha originado directamente la gradual disminución de la confianza popular en el principio electoral, y el notorio movimiento en favor de su aplicación restringida.

El cambio se ha manifestado, en primer lugar, en la organización de las grandes municipalidades, allí donde es mayor el número de funcionarios que requieren preparación técnica. La ampliación de la facultad de los *mayors* (alcaldes ó intendentes) para proveer esos cargos, que ha sido seguida por una concesión de la misma facultad á los gobernadores de los Estados, constituye el reconocimiento de un nuevo principio en la vida política de los Estados Unidos: el gobierno democrático no significa necesariamente la aplicación del sistema electivo á todos los cargos públicos, sin distinciones. Al contrario, es una aplicación del sufragio popular, hecha sin medida á todos los empleos de la administración pública, es ciertamente el mayor obstáculo para la realización del principio fundamental de la democracia, esto es, para el ejercicio de la influencia dirigente de la opinión pública.

Este hecho constituye un nuevo aspecto del problema gubernativo en nuestras democracias americanas. Significa que no existe antagonismo necesario entre el régimen democrático y la eficiencia administrativa. La concentración del Poder Ejecutivo, tan necesaria para el buen gobierno, puede ser hecha sin peligro de degenerar en la arbitrariedad.

Esta es la verdadera significación de la tendencia hacia la concentración del Poder Ejecutivo en el sistema político de los Estados Unidos. El aumento de las facultades del Presidente, de los Gobernadores de los Estados, y de los *mayors* (alcaldes) de las ciudades, no está en contradicción con el principio fundamental del régimen democrático. Es, más bien, una garantía para su mejor realización, puesto que ha fomentado el predominio directo de la opinión pública.

Esta doctrina de gobierno impone una nueva responsabilidad á nuestras democracias americanas. Significa ante todo que una democracia ignorante es un concepto cuyos términos son contradictorios. En efecto, si bien todas las formas del gobierno popular pueden ser establecidas en la Constitución, la acción dirigente efectiva del pueblo habrá de ser nula, salvo cuando es ejercida por una opinión pública educada é inteligente.

Durante muchas generaciones hemos aceptado sin discrepancia en los Estados Unidos la idea de que las formas del gobierno democrático eran por sí solas capaces en cierto modo misterioso y oculto, de asegurar la salud política del pueblo. Las lecciones de una larga experiencia comienzan á enseñarnos que tantos peligros se disimulan en esa como en cualquiera otra forma de gobierno que, salvo cuando existe la salvaguardia de una opinión pública ilustrada, la tiranía personal, ó la opresión del dominio oligárquico pueden disfrazarse bajo formas democráticas.

Aunque la educación popular es indispensable para el desarrollo de la opinión pública, ella no es suficiente. Otro requisito necesario es la existencia del espíritu de cooperación. Allí donde los ciudadanos se miran con desconfianza mutua, la acción colectiva es imposible. La opinión pública debe manifestarse por medio de una multitud de órganos. Se forma y adquiere contornos definidos en innumerables agrupaciones cívicas y sociales, cada una de las cuales expresa las ideas de elementos diversos

de la población. La prueba del espíritu de cooperación es la facilidad con que tales asociaciones se organizan. Actualmente la conducta del gobierno de los Estados Unidos está controlada por un considerable número de asociaciones privadas, que ejercen constante vigilancia para exigir el cumplimiento de las leyes vigentes, y para obtener la sanción de otras nuevas que sean necesarias. En esta forma el pueblo participa en el manejo de los negocios públicos de un modo más eficaz aún que mediante la elección de los empleados administrativos.

Esta penetrante y universal influencia de la opinión es la verdadera salvaguardia contra la tiranía y el desgobernio. Mucho falta aún para que esa acción dirigente llegue en los Estados Unidos a su perfeccionamiento definitivo, pero la experiencia de los últimos veinte años nos demuestra claramente cuál es el camino que debemos seguir.

La exagerada confianza en la eficacia de las meras formas de gobierno, además de causar el desaliento del esfuerzo cívico, ha producido otra consecuencia no menos grave, que recién comenzamos a remediar.

La organización política es sólo una de las manifestaciones de la vida nacional, y no es, por cierto, la más importante entre ellas. El más perfecto mecanismo de gobierno representativo habrá de fracasar en su funcionamiento práctico, salvo cuando el desenvolvimiento de las condiciones colectivas, y las relaciones entre las clases sociales sean favorables al desarrollo del régimen democrático. Todo esfuerzo para obtener una manifestación verdadera de la voluntad nacional será infructuoso, siempre que las clases trabajadoras se mantengan en una situación de dependencia económica que puede hacer imposible la libre expresión de la voluntad individual. Toda tentativa para mejorar el funcionamiento de las leyes electorales será inútil, mientras no existan criterios claros y definidos de moralidad pública que condenen la compra de votos, ó el uso del fraude, de la fuerza ó intimidación en el ejercicio del sufragio. La purificación de la administración pública por medio de leyes será imposible, cuando la opinión pública no ejerza la debida diligencia para descubrir las violaciones de la ley, y cuando el ciudadano se abstenga de velar por el respeto de sus derechos individuales.

El verdadero progreso de la última década en los Estados Unidos no debe medirse y juzgarse por el mejoramiento en la forma ó substancia de los actos legislativos, pero sí por los preceptos más elevados de conducta política impuestos por el despertar de la opinión pública. La revelación de abusos en la administración pública no es un indicio de decadencia en su honestidad ó en sus aptitudes; es, al contrario, la manifestación inconfundible de la voluntad popular, resuelta á no tolerar por mayor tiempo ciertas prácticas admitidas sin censura durante mucho tiempo. La experiencia nos ha enseñado que al conseguir el Gobierno representativo, sólo hemos dado un paso, no por cierto el más importante, hacia el régimen democrático; y que para obtener su funcionamiento perfecto, debe concederse primordial atención al mejoramiento de las condiciones sociales, y á la eliminación de los factores que obstruyen la libre expresión de la voluntad individual.

Los pueblos del continente americano comienzan en nuestra época á comprender la verdadera significación del gobierno democrático, y á pesar las graves responsabilidades que trae consigo. Ningún mecanismo de gobierno, cualquiera que sea su perfección, puede llenar sus propósitos. Es necesaria la cooperación activa del pueblo, no sólo en las elecciones, sino también en los períodos intermedios, ejerciendo la necesaria vigilancia é influencia

directora sobre los funcionarios encargados del manejo de los negocios públicos.

La mejor percepción de la verdadera esencia del régimen democrático ha sido una de las fuerzas más eficaces en la educación del pueblo de los Estados Unidos. Ha puesto en evidencia la necesidad de una mejor dirección de la propia conducta, de una mayor consagración al bienestar público, y lo que es más importante, la necesidad de esfuerzo y vigilancia constantes para proteger la administración pública contra las más insidiasas formas de la corrupción.

CONCLUSIONES

1.^a La experiencia de las Repúblicas americanas, y especialmente la de los Estados Unidos, ha probado que en todos los países de América hay peligro en atribuir á la forma y estructura de las instituciones gubernativas una importancia mayor que al fondo y fin de los mismos.

2.^a La experiencia ha demostrado también que el control de la opinión pública es el factor más importante para mantener la eficiencia del Gobierno y garantizar la honradez de los funcionarios públicos.

3.^a En vista de esta situación, es importante que la atención de los Gobiernos y de los pueblos de las Repúblicas americanas se dirija á fomentar una opinión pública bien organizada.

4.^a Los mejores medios adoptados para asegurar este fin, además de la prensa, son:

a) Instrucción pública con especial atención á la instrucción cívica en las escuelas primarias, secundarias y superiores.

En esta instrucción cívica interesa hacer presente que la parte más importante de la actividad cívica del ciudadano no se ejercita en el momento de las elecciones, sino sobre todo en cooperar con los empleados públicos en el cumplimiento de sus deberes y en vigilar constantemente la marcha de la administración.

b) La formación de asociaciones cívicas con el objeto de cooperar con los funcionarios públicos, y cuando sea necesario investigar su conducta.

JURISPRUDENCIA

Los acreedores que intervienen en un concurso y cuyos créditos no han sido garantidos con un embargo anterior, no pueden entrar á prorratar el embargo actual sobre el 15 % del sueldo del concursado, de acuerdo con el artículo 1.º de la ley de junio 12 de 1908, que establece que sólo se podrá embargar el 15 % para el pago de los embargos pendientes, ya trabados.

Con posterioridad á la vigencia de la ley, no pueden participar más que los acreedores que tenían embargo pendiente en los concursos que no tengan otros bienes que el embargo sobre el sueldo de un empleado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Visto en primera instancia y en definitiva este juicio iniciado por don J. H. contra el concurso de don M. M. y M.,—

1 De «La Revista de Derecho y Jurisprudencia» —Santiago de Chile.

Resultando: Que habiendo sido excluido en la junta de acreedores el crédito reclamado por el actor, se presenta demandando al concurso para que se le reconozca y se le abone como á los demás acreedores simples;

Resultando: Que la sindicatura dice que el peticionario debe justificar su crédito en forma legal; pero que en cualquier caso no tiene derecho el peticionario á cobrarse con el embargo proveniente del 15 % del sueldo del deudor por no tener embargo previo y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4.º de la ley de junio 25 de 1908;

Resultando: Que abierto el juicio á prueba, se produjo por la parte actora la que obra agregada de f. 11 á f. 19;

Resultando: Que alegando de bien probado el actor expone: que ha justificado los hechos invocados en la demanda y debe darse su crédito por reconocido y ser incluído en el concurso;

Resultando: Que la sindicatura contestando, expone: que el actor no ha justificado suficientemente su crédito, pues no es bastante el reconocimiento que ha hecho el concursado; y que no ha sido rebatida la excepción de que el peticionario no tiene derecho á participar de los dividendos del embargo sobre el sueldo;

Considerando: Que el crédito reclamado está suficientemente probado, pues consta de un documento privado suscrito y reconocido por el deudor. Además el deudor comprendió entre sus acreedores al peticionario en la relación que oportunamente presentó. Este medio de prueba está excluído, y el concurso, para negar la existencia de la deuda, debió probar su simulación;

Considerando: Que es admisible la excepción opuesta de que el peticionario no puede cobrarse con los dividendos que provienen del embargo del sueldo. En efecto, el artículo 4.º de la ley de junio 25 de 1908 establece que sólo podrá embargarse el quince por ciento para el pago de los embargos pendientes, y como el peticionario no ha probado que tuviera embargo anterior, no tiene derecho á prorratear el embargo actual con los demás acreedores que se habían garantido con un embargo anterior. Posteriormente á la vigencia de la ley citada, en los concursos que no tengan otros bienes que el embargo sobre el sueldo de un empleado, no pueden participar más que los acreedores que tenían embargo pendiente, pues aún cuando el mismo concursado lo admitiera, tienen derecho á oponerse los demás acreedores que beneficiados por esta ley tienen derechos adquiridos;

Considerando: Que el concurso no ha tenido derecho para oponerse al reconocimiento del crédito reclamado, pero sí para desechar la petición de que se pague con el embargo del sueldo, por lo cual no puede imponerse la condenación que de las prestaciones legales piden ambas partes, pues las dos han litigado con alguna razón;

Por estos fundamentos, definitivamente juzgando, fallo: dando por reconocido el crédito reclamado por don L. H., pero declarando que no tiene derecho á participar de los dividendos del embargo actual, y si en otros bienes del concurso si los hubiere.

Ejecutoriado, agréguese este expediente por cordón á los autos principales.

Montevideo, marzo 31 de 1909.

Cibils Larravide.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos en segunda instancia el presente incidente venido al conocimiento de este Juzgado en virtud de apelación interpuesta contra la resolución de f. 23 en la parte

que declara que don L. H., sin perjuicio de reconocerse en el carácter de acreedor del concurso de don M. M. y M., no tiene derecho á participar de los dividendos del embargo actual, y si en otros bienes del concurso si los hubiere, dictado por el señor Juez Letrado Departamental doctor Cibils Larravide, y

Resultando: Que el señor Juez sostiene en la sentencia recurrida, que H. no puede cobrarse con los dividendos que provienen del embargo del sueldo del concursado, desde que el artículo 4.º de la ley de 25 de junio de 1908 establece que sólo podrá embargarse el quince por ciento para el pago de los embargos pendientes, y que como el peticionario no ha probado que tuviera embargo anterior, no tiene derecho á prorratear el embargo actual con los demás acreedores que se habían garantido con un embargo anterior;

Considerando: Que la interpretación legal que se deja enunciada este Juzgado no la reputa procedente:

1.º Por cuanto el artículo 4.º de la ley de 25 de junio de 1908 no ha hecho otra cosa que limitar á un 15 % el embargo de los sueldos de los empleados públicos en vez de poder verificarse en las dos terceras partes de acuerdo con el artículo 885 inciso 1.º del Código de Procedimiento Civil y 2237 del Código Civil, de manera que aquella disposición legal no dice en forma alguna que en caso de concurso solamente puedan disfrutar del 15 % referido los acreedores embargantes, como lo pretende el señor Juez *a quo*;

2.º Por cuanto declarado el concurso y hechas las respectivas citaciones para que concurren á la audiencia respectiva todos los acreedores del concursado, es indudable que aquellos que han sido reconocidos en tal carácter tienen perfecto derecho á cobrar sus créditos de los bienes del concursado en la proporción que corresponda, de otra suerte no habría objeto de citar á todos los acreedores si tan sólo tuvieran derecho á hacer efectivos sus créditos los embargantes, lo que implicaría, por otra parte, que no existiría concurso propiamente dicho;

3.º Por cuanto es de precepto (artículo 2346 del Código Civil) que «los bienes todos del deudor, exceptuándose los inembargables, son la garantía común de sus acreedores, y el precio de ellos se distribuye entre éstos á prorrata, á no ser que hayan causas legítimas de preferencia», siendo de notarse, que el hecho de ser acreedor embargante no es motivo de preferencia, desde «que la ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios» (parte 2.ª del artículo 2346 citado);

En tal virtud y por los fundamentos aducidos en el escrito de f. 26, definitivamente juzgando, fallo: revocando la sentencia de f. 23 en la parte apelada, y en su lugar se declara: que habiendo sido judicialmente reconocido don H. acreedor del concurso de don M. M. y M., debe incluirse su crédito en el estado respectivo, á efecto de que sea satisfecho en la forma que corresponda, sin especial condenación en costas. Ejecutoriada esta resolución, devuélvase el expediente al Juzgado de su procedencia, á sus efectos.

Montevideo, mayo 11 de 1909.

W. Regules.

SENTENCIA DE TERCERA INSTANCIA

Vistos en tercera instancia estos autos seguidos por don L. H., contra el concurso de don M. M. y M. por cobro de pesos, venidos por la apelación que interpuso el

síndico don J. R., contra la sentencia de f. 38 dictada por el señor Juez Letrado de lo Civil de 3.º turno.—

Por los fundamentos que contiene la sentencia de primera instancia; y

Considerando: Que si bien el crédito reclamado por H. y á que se refiere el documento de f. 1, se halla plenamente probado, él no puede figurar en el concurso ni perjudicar á los acreedores que los habían solicitado y obtenido con anterioridad á la fecha en que M. M. y M. fué concursado, porque á ello se opone la ley de 25 de junio de 1908, cuando establece en el artículo 4.º que, á partir de la fecha de su promulgación, los contratos existentes en que se hayan enajenado sueldos, jubilaciones ó pensiones no vencidas, *así como los embargos pendientes*, sólo se harán efectivos con el 15 % de los respectivos haberes, quedando absolutamente libres las porciones restantes; y

Que la retención dispuesta por la referida ley sobre el 15 % de los haberes, sólo responde al pago de los créditos cuyos acreedores hayan obtenido un embargo anterior, pero en manera alguna á los que siendo portadores de un título que traiga aparejada ejecución, no han iniciado la correspondiente acción ejecutiva, ni se encuentran garantidos por un embargo trabado en forma legal;

Que como se comprueba con las posiciones absueltas por el deudor á f. 16, éste recién reconoció la firma del documento de f. 1 cuando ya se había celebrado la reunión de acreedores y verificación de créditos (6.ª posición del pliego de f. 15);

Que al disponer la citada ley de 25 de junio, que no podrán cederse á ningún título ni son embargables los sueldos que paga el Estado, que no estén vencidos, y que serán absolutamente inembargables los sueldos vencidos, los que sólo podrán enajenarse hasta la tercera parte de su monto, demuestra igualmente que sólo tienen derecho á cobrarse con el 15 % de los haberes, los que estuvieron en la condición de acreedores reconocidos al tiempo de su promulgación y hubieran obtenido embargo;

Que las disposiciones del Código de Procedimientos, citadas en la sentencia apelada, no son aplicables al caso en cuestión, porque ellas han sido expresamente derogadas por una ley posterior como lo es la de junio de 1908;

Por todo ello:

Se revoca la sentencia apelada y se confirma la de primera instancia.—Devuélvase.

Montevideo, junio 28 de 1909.

Martínez (M. V.)—Martínez (V. M.) (discorde)—Piñeyro—Jiménez de Aréchaga (discorde)—Mendoza y Durán.

La mujer casada puede ceder una parte determinada de la herencia que le ha sido deferida antes de la apertura judicial, sin que para ello sea obstáculo las disposiciones de los artículos 1066 del Código de P. Civil y 1053 y siguientes del Código Civil.

Corresponde al cesionario de los derechos hereditarios, el practicar el inventario al liquidar la herencia, no debiendo responder

la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas hereditarias más allá del total del haber hereditario.

ESCRITO SOLICITANDO VENIA JUDICIAL

Señor Juez Letrado de lo Civil:

C. M. M., domiciliado á los efectos de derecho en la calle Ituzaingó número 205, en la mejor forma parezco y expongo:

Que como se comprueba con el título de propiedad que en debida forma acompaño, doña H. C. adquirió en condominio con don M. de M. y don P. B., el pequeño terreno relacionado con el título que acompaño.

Como se comprueba con las notas que lucen en el mismo título, los herederos de don F. B. y don M. de M. han vendido la parte que les correspondía por ese título.

La otra tercera parte restante que le correspondía á doña H. C., casada con don Q. R., se divide hoy en cinco ramas.

Una para la hija de doña A. R., otra para las hijas de doña E. R. y C., otra para las hijas de doña C. R. y C., otra para las hijas de doña D. R. y C. y la última para las tres hijas de doña H., una de las cuales me ha conferido poder para proceder á la apertura de la sucesión y enajenar los derechos hereditarios como resulta del poder que acompaño.

Ahora bien: dado los gastos que importan las diversas sucesiones que hay que abrir y tramitar y el escaso valor del único bien que forma el caudal hereditario (la tercera parte del bien descrito en el título acompañado) todas las herederas hemos resuelto y convenido, enajenar nuestros derechos hereditarios al señor don G. P., corriendo él con todos los gastos de apertura de sucesiones.

Como entre esos herederos se encuentra mi mandante que viene á representar en el caudal hereditario una tercera parte del quinto del total de los bienes, ó sea unos veinte metros cuadrados aproximadamente, solicito la venia judicial requerida por derecho, para proceder á la enajenación proyectada, enajenación que es, evidentemente, útil para mi mandante, pues los gastos que tendría que hacer excederían tal vez de lo que le toca percibir.

Dada la sencillez del asunto y la incuestionable utilidad de la negociación proyectada, excuso entrar en mayores consideraciones y pido á V. S. la venia necesaria, previa audiencia fiscal, para que pueda enajenar su parte de herencia relacionada por el mismo precio que lo hagan las demás herederas.

Por tanto, pido á V. S. quiera proveer de conformidad y será justicia.

C. V. M.

VISTA DEL SEÑOR FISCAL DE LO CIVIL

Señor Juez:

No teniendo la interesada la libre administración de sus bienes, no puede aceptar herencias, sino bajo beneficio de inventario, y por consiguiente tampoco puede ejecutar actos de disposición interin no se llenen las formalidades del caso del artículo 1066 del Código de Procedimiento Civil y 1053 y siguientes del Código Civil. Sirvase V. S. declararlo así.

Montevideo, abril 7 de 1909.

Abel C. Pintos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos:

Considerando: Que al establecer la ley que la mujer casada sólo puede aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, lo ha hecho con el exclusivo fin de tutelar los intereses de una persona reputada relativamente incapaz, siendo esa una disposición de orden público:

Considerando: Que por el hecho de ceder una mujer casada la parte determinada de una herencia que le ha sido deferida antes de la apertura judicial de la sucesión, en nada puede perjudicarla, puesto que aquella disposición legal subsiste, y por consiguiente, queda vigente con respecto al cesionario, que en razón de tal calidad está colocado en el propio lugar y grado que su cedente, de manera que al liquidar la herencia de que se trata deberá practicar el correspondiente inventario, no quedando obligada la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas sucesorias en el caso de que éstas excedieran al haber hereditario;

Considerando: Que siendo esto evidente no hay motivo alguno para impedir á la mujer casada la cesión de derechos de herencia sobre determinado bien, cuando existan causas de necesidad ó utilidad justificadas:

En tal virtud, concédese á doña E. A. de B. la venia que solicita en su escrito de fs. 8.

En su mérito, previa tasación y pago de las costas causadas, expídanse á la interesada los testimonios que solicitare, devuélvanse los recaudos acompañados dejando constancia en autos, y fecho, archívese el expediente.

Montevideo, abril 13 de 1909.

Wenceslao Regules.

APELACIÓN DEL FISCAL DE LO CIVIL

Señor Juez:

El infrascrito entiende que la peticionaria no puede llevar á cabo la operación proyectada sin llenar previamente las formalidades exigidas por los artículos 1053 y siguientes del Código Civil, porque perdería por ese hecho el beneficio de inventario contra lo dispuesto en los artículos 1029 del Código Civil y 1066 del Código de Procedimiento Civil, y por esa razón se ve obligado á reclamar de la sentencia precedente, que le acuerda la venia solicitada.

La parte fundamental de la sentencia aludida consiste en la afirmación contenida en el segundo Considerando, de que por el hecho de ceder una mujer casada, la parte determinada de una herencia antes de la apertura judicial de una sucesión, en nada puede perjudicarla, puesto que aquella disposición legal subsiste con respecto al cesionario. . . , no quedando obligada la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas sucesorias en el caso de que éstas excedieran al haber hereditario.

V. S. no ha citado—porque es imposible—una sola disposición legal que abone semejante afirmación. Basta, en cambio, leer los artículos referentes á la aceptación y repudiación de la herencia y al beneficio de inventario, para convencerse de que la ley dispone exactamente lo contrario de lo afirmado por V. S.

El artículo 1029 del Código Civil, establece que la mujer casada no puede aceptar ni repudiar la herencia

sino con beneficio de inventario; el 1036 que «la herencia puede ser aceptada pura y simplemente á beneficio de inventario»; el 1037 que «la aceptación pura y simple (es decir, la que no puede hacer la mujer casada) puede ser expresa ó tácita... es tácita, cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho á ejecutar sino en su calidad de heredero»; y el 1040 dice que «el que por cualquier título enajena sus derechos hereditarios, ó bien los repudia mediante algún precio se entiende que ha aceptado la herencia».

Resulta, pues, de estas disposiciones, que si la peticionaria lleva á cabo la operación proyectada sin llenar previamente las formalidades prescritas en los artículos 1053 y siguientes del Código Civil, no quedaría desligada de sus obligaciones con respecto á los acreedores de la herencia á pesar de la afirmación de V. S., pues esa operación importaría una aceptación pura y simple de la herencia.

Afirmar que es posible enajenar un bien sucesorio sin haberse abierto judicialmente la sucesión y conservar al mismo tiempo el beneficio de inventario, es desconocer en absoluto la naturaleza y el objeto de este instituto legal. En efecto, señor Juez: el beneficio de inventario acuerda á los herederos el derecho de no responder con sus bienes propios á las deudas sucesorias, pero otorga á los acreedores el derecho correlativo de que no se ha de practicar ningún acto de disposición antes de procederse á la facción del inventario y avalúo correspondiente. Si los herederos pudieran enajenar sus derechos, conservando al mismo tiempo el beneficio de inventario, no habría medio más cómodo ni más fácil de burlar á los acreedores. Bastaría con ceder los derechos en favor de un tercero y decir, como lo dice V. S. en la sentencia precedente, que él es el obligado á llenar las formalidades de los artículos 1053 y siguientes y el único responsable de las deudas sucesorias. Los acreedores, según V. S., tendrían que aceptar este temperamento aunque el cesionario fuera un insolvente, por la sola voluntad de los herederos, los cuales podrían así recibir el activo de la herencia sin responder al pasivo.

De las disposiciones contenidas en el capítulo «Del beneficio de inventario», resulta igualmente evidenciada la falta de fundamento legal de la sentencia precedente.

El artículo 1055 establece que para tomar la calidad de heredero beneficiario es necesario la facción de un inventario solemne completo y estimativo... en la forma prescrita por las leyes sobre procedimiento y con sujeción á lo que se dispone por los artículos siguientes. Uno de los artículos siguientes, el 1057, prescribe que durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, tendrá el heredero el cuidado y la administración provisional de los bienes hereditarios, etc.; el artículo 1058 establece terminantemente que el heredero no podrá excederse de los actos que sean de pura y simple administración.

En presencia de estas disposiciones claras y terminantes, el infrascrito no concibe cómo puede afirmarse que la peticionaria pueda ceder sus derechos á un bien sucesorio, sin llenar las formalidades del artículo 1055, conservando al mismo tiempo el beneficio de inventario; porque no es posible concebir cómo puede enajenarse un bien en un caso en que la ley establece que no podrá excederse de los actos que sean de pura y simple administración.

Y no se fundará V. S. en el artículo 1741 del Código Civil, que establece que «el que vende ó cede á título

oneroso un derecho de herencia, sin especificar los efectos de que se compone, sólo es responsable de su calidad de heredero», pues esta disposición legal no es aplicable al presente caso por dos razones: 1.º porque sólo fija las obligaciones entre cedente y cesionario, sin reglar las relaciones con respecto a terceros; y 2.º porque aunque no fuera así, sólo se refiere al que cede un derecho de herencia *sin especificar los efectos de que se compone*, y en este caso se trata de la enajenación de un bien determinado, que es el inmueble citado en el escrito de f. 8.

En el primer Considerando de la sentencia impugnada dice V. S. que «al establecer la ley que la mujer casada sólo puede aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, lo ha hecho con el exclusivo fin de tutelar los intereses de una persona reputada relativamente incapaz, siendo esa una disposición de orden público».

El infrascripto no ve en qué puede favorecer este Considerando la tesis sostenida por V. S.; aceptando que se trata de una disposición de orden público, se deduce por el contrario que no puede ser renunciada por las partes (Código Civil, artículo 11).

En el tercer Considerando V. S. sostiene que la operación proyectada es necesaria y útil para la peticionaria. Sin hacer incapié en esta cuestión, pues el infrascripto entiende que no es posible autorizar esa operación mientras no se llenen las formalidades ya indicadas, se permite hacer notar a V. S. que es difícil darse cuenta de las ventajas que ella reportará a la peticionaria, pues ni siquiera se ha manifestado cuál es el precio de la venta que se pretende realizar.

Por las razones expuestas, este Ministerio solicita de V. S. se sirva revocar por contrario imperio la sentencia precedente, proveyendo en su lugar de acuerdo con lo dictaminado a f. 10, 6 en su defecto otorgarle el recurso de apelación en relación que interpone en subsidio para ante el Superior que corresponda.

Montevideo, abril 20 de 1909.

Abel C. Pintos.

EVACUANDO EL TRASLADO DEL ESCRITO ANTERIOR

Señor Juez Letrado de lo Civil:

C. V. M., en el expediente solicitando venia para enajenar la parte proindivisa que le corresponde a doña E. A. de B., en los bienes fincados al fallecimiento de doña H. R. de A., evacuando el traslado que se ha servido V. S. conferirme del escrito del señor Fiscal de lo Civil de 2.º turno que obra a f. 12 y siguientes de este expediente, en la mejor forma digo:

Que V. S. se ha de servir mantener por sus fundamentos, la fundada resolución de fs. 10 y siguientes, no haciendo lugar al recurso de reposición deducido por el señor Fiscal, y otorgándole el recurso de apelación interpuesto en subsidio en la seguridad de que el Superior ha de confirmar la arreglada resolución de V. S.

El señor Fiscal sienta en su escrito una tesis novedosa que va contra lo que dispone la sección 2.ª, libro 4.º, parte 2.ª, título 3.º del Código Civil, y esa tesis es la siguiente: «La mujer casada no puede enajenar sus derechos hereditarios sin que previamente se formalice inventario».

Pues bien, señor Juez: la ley no distingue en el caso; la mujer casada, como cualquier otro heredero, puede, si tiene utilidad en la operación proyectada, (y esto es lo

que ha debido observar el señor Fiscal únicamente) enajenar su derecho hereditario.

Pongamos un ejemplo: Varios herederos, entre los cuales se encuentra una mujer casada, son llamados a una herencia litigiosa. Los herederos, que no quieren embarcarse en pleitos, ceden sus derechos a un tercero; y según el señor Fiscal la mujer casada no puede seguir el temperamento de los demás coherederos, sino que está obligada a hacer gastos de apertura de testamentaria y seguir obligadamente un pleito que no quiere seguir.

El beneficio de inventario, que la ley impone a la mujer casada, no está en oposición con el derecho indiscutible que tiene de ceder su porción hereditaria, desde que precisamente por el hecho de la cesión queda desobligada con respecto a las deudas que puedan gravar el caudal hereditario, y hasta para mayor claridad y garantía de la mujer, se puede establecer en la escritura de cesión que no responde de esas deudas, pues la aceptación y la cesión que verifica son bajo beneficio de inventario.

La sucesión se abre por el solo hecho de la muerte natural de la persona y en el momento de esa muerte (artículo 1012 del Código Civil) y el error del Fiscal parte del concepto equivocado de que la manifestación que haga la mujer de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, tiene que ser posterior al inventario solemne completo y estimativo de la herencia.

Pues bien: el artículo 1055 citado por el señor Fiscal dice precisamente todo lo contrario, pues establece que la manifestación de la heredera beneficiaria puede ser precedida o seguida del inventario.

El cesionario, colocado en el mismo lugar, grado y preferencia del cedente, manifestará, antes o después, que acepta la herencia con beneficio de inventario.

El señor Fiscal hace de una disposición legal que tiende a favorecer a la mujer casada, una disposición que puede perjudicarle en muchos casos, como en el presente por ejemplo, en el que si mi mandante procede a la apertura de la sucesión y formación de inventario, los gastos exceden con mucho del caudal hereditario, que como lo dije en mi escrito de f. 8 está representado por veinte metros cuadrados de terreno al final del camino 8 de Octubre veinte metros que a lo sumo podrán valer sesenta pesos.

Otro error del Fiscal, es suponer que los acreedores puedan salir perjudicados por la cesión, porque dice que en algunos casos puede resultar insolvente el cesionario.

Pero ¿qué tiene que ver el señor Juez que el cesionario se llame Pedro o Juan, si los acreedores tienen siempre la herencia del causante para responder de sus créditos?

La cesión de los acreedores en una herencia aceptada con beneficio de inventario, es sólo contra el caudal hereditario cedido o no contra los bienes particulares del cedente o cesionario, de manera, pues, que la cesión ni lo beneficia ni lo perjudica en el caso.

Vuelvo a repetir que la única misión del señor Fiscal hubiera sido, en el caso, demostrar que la operación proyectada no se encuadraba en lo que dispone el 2.º inciso del 3.º apartado del artículo 2011 del Código Civil, y no engolfarse, como lo ha hecho, en una tesis errónea y evidentemente contraria a los intereses de las mujeres casadas.

Por tanto:

A V. S. pido que habiendo por evacuado el traslado conferido, se sirva resolver como lo dejo solicitado, y será justicia.

C. V. M.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos: en segunda instancia estos autos sobre venia, iniciados por doña E. A. de B., venido por la apelación que interpuso el señor Fiscal de lo Civil de 2.º turno contra la sentencia de f. 10 dictada por el señor Juez Letrado de lo Civil de 3.º turno,—

Por sus fundamentos; y

Considerando: Que la mujer casada como, toda otra persona, puede enajenar sus bienes ó derechos hereditarios, y sólo limita la ley el libre ejercicio de ese derecho con respecto á ella, cuando no se ha justificado la utilidad ó necesidad manifiesta de la enajenación (artículo 2011 del Código Civil);

Considerando: Que la obligación impuesta á la peticionaria de aceptar la herencia de la cual emana el derecho al bien cuya venta pretende, no está en oposición con la facultad que se consagra en la consideración que precede, desde que precisamente por el hecho de la cesión queda desobligada con respecto de los derechos que puedan gravar el caudal hereditario, sin que por otra parte perjudique su propio haber, por cuanto la cesión subroga al comprador en sus derechos y obligaciones, de tal modo que al liquidar la herencia deberá practicar la misma obligación que á aquélla le estaba impuesta (artículos 1053 y siguientes, Código Civil, y 1056 del Código de Procedimiento Civil);

Considerando: Que por otra parte las disposiciones citadas no imponen á la mujer casada el merecimiento preciso de hacer la manifestación de aceptar la herencia á beneficio de inventario, según así se desprende del propio texto del artículo 1055 del Código Civil, el que expresa: que la manifestación de heredero beneficiario puede ser precedida ó seguida de su inventario solemne, etc.;

Considerando: Que aun cuando no se ha establecido el precio de la enajenación proyectada, esta circunstancia no obsta á que se acuerde la venta pedida, dada la exigüidad del valor del Lien á enajenarse, el hecho de que todos los demás interesados concurren á esa venta y los gastos que demandaría su división, todo lo que compensaría la desventaja que pudiera importar á la cedente, el desapoderamiento de esa propiedad,

Por todo ello:

Se confirma la sentencia apelada, con la ampliación de que dicho terreno no podrá ser vendido por un precio que sea inferior al aforo que tenga el mismo para el pago del impuesto inmobiliario.

Devuélvanse.

Jiménez de Aréchaga (disconforme) — *Martínez* (M. V.) — *Mendoza Durán* — *Martínez* (V. M.) — *Piñeyro* (disconforme).

El acto jurídico que importa el ingreso en calidad de socio á la sociedad denominada «Caja Internacional Mutua de Pensiones», y los derechos que de él se derivan, no constituyen el contrato civil de renta vitalicia legislado en los artículos 2156 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia, no es necesaria la formalidad de la escritura pública, exigida por

el artículo 2157 del Código Civil para los contratos de renta vitalicia, pudiéndose, á falta de ley prohibitiva, establecer que la inscripción en el registro social y la posesión de la libreta con la matrícula correspondiente, es suficiente título para acreditar la calidad de socio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos en primera instancia estos autos seguidos por don E. P. por sí y en representación de su esposa doña D. B. contra la sociedad «Caja Internacional Mutua de Pensiones» sobre perfeccionamiento de contrato y declaración de nulidad de una cláusula de los Estatutos sociales;

Resultando: Que los dichos demandantes interponen esta demanda á objeto:

1.º De que se les reduzca á escritura pública los contratos resultantes de las libretas acompañadas (números 15423, 17522 y 17523) celebrados con la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», alegando que, siendo esos contratos de renta vitalicia, esas libretas no constituyen un documento legal, porque el artículo 2157 del Código Civil exige que se otorguen por escritura pública, so pena de nulidad, y esa falta de documentación, así como la prohibición de enajenar del artículo 74 de los Estatutos de la sociedad obstan á que puedan enajenar los derechos que esos contratos les confieren, por lo que, para hacer válida esa documentación, es indispensable que la Caja se someta á subsanar esos vicios de nulidad dentro del término que el Juzgado le señale, ó que devuelva el dinero que desembolsaron en mérito á tales contratos, con indemnización de daños y perjuicios;

2.º Que se declare nula la prescripción del artículo 74 de los Estatutos, de enajenar ó ceder los derechos que les acuerdan los contratos de la referencia, por ser contraria á la disposición del artículo 2159 del mismo Código Civil (escrito de demanda de f. 22 á f. 26);

Resultando: Que la sociedad demandada contradice y rechaza la demanda alegando:

1.º Falta de capacidad en la parte actora, por fundarse la acción entablada en la supuesta nulidad del contrato, que si existiese sería de carácter absoluto y no podrían alegarla los actores que han celebrado el contrato prohibido por la ley;

2.º Que hay error en suponer identidad de contrato entre los derechos acreditados con la libreta en que se apoya la demanda y el contrato nominado de renta vitalicia de que se ocupa el Capítulo II, Título XI, Parte II, Libro IV del Código Civil;

3.º Caducidad al tiempo de la demanda, de los derechos de suscriptores que tenían los esposos P. por haber dejado de abonar desde más de un año antes las cuotas mensuales á que estaban obligados;

4.º Incompatibilidad entre la acción deducida por los demandantes, con recaudos que no llenan la forma solemne requerida por la ley para la constitución del contrato de renta vitalicia, con las disposiciones de los artículos 2157, 1226, 1238 y 1535 del Código Civil, y que si se creyese que á tal contrato se refieren aquellos recaudos, los da por nulos conforme al citado artículo 2157 y le retiraría su consentimiento y lo dejaría sin efecto conforme al inciso final del artículo 1238 del mismo Código Civil (contestación de f. 25 á f. 89);

Resultando: Que producidos los escritos de réplica (f. 91) y de réplica (f. 131) y abierto el juicio á prueba, se produjo por las partes la de que instruye el certificado del Actuario de f. 157, agregándose después la de f. 160;

Considerando: Que la primera excepción opuesta á la demanda no tiene razón de ser, porque como dicen los demandantes, lejos de pedir la nulidad de los contratos por ellos celebrados, lo que demandan, en primer término, es precisamente todo lo opuesto, ó sea que se perfeccionen ó se legalicen esos contratos con las formalidades requeridas por la ley, no siendo por consiguiente de aplicación al caso la disposición del artículo 1535 del Código Civil, invocada por la parte demandada;

Considerando: Que el acto jurídico que comporta el ingreso de los esposos P. á la sociedad «Caja Internacional Mutua de Pensiones» y los derechos que de ese acto se derivan, no constituyen el contrato civil de renta vitalicia de que se ocupa el Código Civil, como pretenden y alegan los demandantes; examinando y comparando los elementos constitutivos que caracterizan el contrato de renta vitalicia (artículo 2156 y siguientes del Código Civil) con el articulado de los Estatutos de la Caja que regulan la organización y mecanismo de esa institución y los derechos de los socios que la componen, resulta evidente que son casos completamente distintos por su diversa naturaleza y diferentes tendencias y disposiciones á que están sujetos; así en el contrato de renta vitalicia no hay otro elemento de interés que el privado de los contratantes, y presupone un capital ya existente en el acto del contrato, tanto de parte del que va á pagar la renta como del que va á adquirir el derecho á percibirla, pagando el precio sea en dinero, sea en bienes raíces ó muebles (artículo 2158 del Código Civil); en la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» y sus similares, á más del interés particular del socio existe un interés general, social y económico, por el propósito y tendencia que tienen esas instituciones á despertar la previsión y fomentar el ahorro y espíritu de solidaridad de las clases trabajadoras y menesterosas, y lejos de suponer un capital ya formado por la economía y por la acumulación de las cuotas mensuales que deben pagar los socios para formar el capital social de cuyos intereses van á salir las pensiones; en el contrato de renta vitalicia éste queda concluido y perfecto en el acto de firmarse la escritura y establecido en ella el nombre de los interesados ó designado de una manera definitiva el precio pagado, dinero, bienes raíces ó muebles, por el que adquiere la renta, pasa en propiedad al que en cambio debe pagarla y éste puede disponer de su propiedad ó invertir su importe sin intervención de su contratante; nada de esto sucede en la sociedad demandada; la entrada en ella de los esposos P. ni la de los socios posteriores puso término, ni cerró la nómina de los socios interesados en la sociedad, y la lista quedó abierta y la Caja en disposición de recibir nuevos socios, en cuyo aumento indefinido se basa el progreso y la prosperidad de la institución; el pago de las cuotas mensuales por parte de los socios, no importa desprenderse éstos de su dinero, para que la Caja disponga libremente de él como sucede en el contrato de renta vitalicia, sino que ese pago mensual constituye un aporte de capital á la sociedad de que ellos mismos han entrado á formar parte, y ese aporte acumulado al de los otros socios forma el capital social que por los Estatutos tiene una inversión determinada de antemano (artículos 49, 50, 51 y 52) y ese capital sigue perteneciendo á los socios y éstos en la forma prescrita por los Estatutos sociales pueden tomar parte ó influir en su administración y hasta pueden votar la disolución de la sociedad y repartirse los capitales acumulados (artículos 5.º, 6.º y 118, etc., de los Estatutos); en el contrato de renta vitalicia es de esencia que se estipule en la escritura la cantidad cierta y determinada que debe pagarse como renta; en la Caja

no es posible fijar de antemano el cuánto de la pensión á percibir, porque ésta depende de múltiples circunstancias, como ser el mayor ó menor rendimiento de los bienes de la sociedad ó el mayor ó menor número de los socios existentes con derecho á percibirla, porque «las pensiones se constituyen con el monto de los intereses anuales de los capitales inamovibles, á que se refieren los artículos 49, 50 y 51» antes citados de los Estatutos sociales, divididos esos intereses entre los suscriptores sobrevivientes que hayan cumplido el veinteno de suscripción á la Caja General, ó el decenio para los inscriptos en la Caja Especial, proporcionalmente á esas cuotas por los mismos abonados (artículos 67 y 68 de los Estatutos y los 69 al 77 de los mismos que los complementan);

Considerando: Que si á estas radicales diferencias y otras varias que se omiten por no crear necesario mayor demostración, se agrega la naturaleza civil del contrato de renta vitalicia, regido por las disposiciones del Código Civil en oposición á la naturaleza comercial de la sociedad demandada sometida á la ley comercial y sujetas las cuestiones á ella relativas á la jurisdicción de los Jueces de comercio, á que han debido acudir los demandantes, no cabe la más mínima duda que los derechos que éstos alegan como socios suscriptores que acreditan con las libretas acompañadas, no tienen relación alguna con el contrato de renta vitalicia legislado por el Código Civil, y en consecuencia nada tiene que ver la prescripción de la escritura pública del artículo 2157 del Código Civil como necesaria para la validez de aquel contrato civil, con las formas substanciales consideradas suficientes por los Estatutos de la Caja demandada para acreditar la calidad de socios y sus derechos y obligaciones correlativas;

Considerando: Que no existiendo en la ley prohibición en contra, ó que disponga otra forma ó prescriba algún requisito especial, es perfectamente válida la disposición de los artículos 7.º y 18 de los Estatutos sociales que consideran como suficiente título para acreditar la calidad de socio, su inscripción en el libro Registro General que mencionan los artículos del Código de Comercio, y como constancia de la inscripción la entrega de una libreta con el número de matrícula correspondiente, como las presentadas por los demandantes, sin que se vea qué razón legal pudiera existir para obligar á la sociedad á otra forma distinta de documentación en favor de uno de los socios;

Considerando: Que la disposición de la ley civil referente al contrato de renta vitalicia contenida en el artículo 2159 del Código Civil no tiene atinencia con lo dispuesto en los Estatutos sociales en su artículo 74, por la naturaleza distinta y alcance que se ha dicho antes, entre aquel contrato civil y el que se forma entre la institución comercial demandada y los socios que la componen, sin que sea del caso entrar á explicar y justificar la razón y el por qué no pudiera aplicarse á los Estatutos sociales una disposición análoga sin tener que modificarlas alterando las relaciones actuales entre la Caja y sus socios;

Considerando: Que la alternativa expresada por los demandantes en su escrito de réplica en consentir que se declare la nulidad por los contratos por ellos alegados «á condición de que se les devuelva lo que han pagado por entrada y cuotas, etc.», es igualmente improcedente, porque de conformidad á lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de los Estatutos sociales, la caducidad de los derechos de socios por falta de pago importa la pérdida de las cuotas pagadas anteriormente, que pasan á pertenecer á la institución como uno de los principales recursos en que se basa el funcionamiento de la socie-

dad, y los Estatutos sociales constituyen el contrato social para todos los que entran á formar parte de la sociedad y forman la regla á que deben someterse como á la ley misma;

Considerando: Que la excepción de incompatibilidad entre la acción deducida por los demandantes y las disposiciones de la ley civil á que hace referencia en cuarto término el segundo Resultando, sería perfectamente procedente y ajustada á las disposiciones legales invocadas siempre que se tratase, que no se trata, de un contrato de renta vitalicia;

Considerando: Que los demandantes, al interponer esta demanda no han tenido un fundamento medianamente serio para poder decir que había alguna razón para litigar, y por el contrario todo el juicio reviste los caracteres de malicia, mala fe y temeridad;

Por tales fundamentos y lo dispuesto por el artículo 663 del Código Civil, creo deber fallar y fallo: declarando improcedente la demanda interpuesta por don E. P. y su esposa contra la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», absolviendo á esta y declarando las costas y costos causados, á cargo de los demandantes.

Ejecutoriada, archívense los autos.

Montevideo, abril 5 de 1909.

Luís M. Gil.

Jurisprudencia extranjera

Accidente del trabajo.—La falta de salud del obrero no evita la indemnización debida á causa de un accidente.

Transcribimos á continuación un interesante caso sobre accidente del trabajo acaecido en España. La viuda de un obrero muerto á consecuencia de él, promovió una demanda por indemnización. El Juzgado absolvió á la parte demandada, fundándose en que el médico de la Sociedad Patronal había certificado que el obrero falleció de pulmonía; mas interpuesto el correspondiente recurso de apelación, el abogado sostuvo la doctrina de que, aún en el caso de que un obrero no estuviera en completo estado de salud mientras trabajaba ó cumplía su cometido, si un accidente de su oficio le producía lesiones determinantes de la muerte, el patrono estaba obligado á indemnizar á la viuda, á no ser que el fallecimiento fuera debido á fuerza mayor.

La Sala de lo Civil de la Audiencia de Valladolid, bajo la ponencia de su Presidente, y previo el informe de la Real Academia de Medicina, ha revocado con fecha 18 del pasado la sentencia del Juzgado de primera instancia, condenando á la Sociedad Patronal demandada al pago de la cantidad de 3,615 pesetas, como indemnización á la viuda é hijos del obrero muerto en el trabajo, sin expresa condenación de costas en ambas instancias.

Al propio tiempo hace una advertencia al Juez del pleito por los defectos notados en el procedimiento, que hacen relación á la negativa del Juzgado á que fuera el cadáver del obrero reconocido por otros facultativos que el designado por el patrono.

Los fundamentos doctrinales del fallo, son los siguientes:

«Considerando: Que el hecho objeto de la demanda consiste en la caída sufrida por el obrero M., de cuarenta y seis años de edad, desde una altura de tres metros, cuando á la sazón efectuaba el montaje de un cable minero, cuyo suceso acaeció el 26 de julio, cayendo el sujeto de cabeza sobre una roca, por virtud de lo cual sufrió la fractura de tres dientes con hemorragia; quedando, además, conmocionado y estado grave, privado de conocimiento hasta su muerte, ocurrida el 30; extremos tales que, sobre su sustancialidad al efecto del fundamento objetivo, no se ha ofrecido tampoco impugnación adecuada;

«Considerando: Que, esto sentado, como resultado veraz de los hechos relacionados, la cuestión estriba en determinar la existencia ó negación del accidente imputable, cuyo extremo se resuelve por modo evidente en sentido afirmativo, supuesta la existencia del hecho con juncionado con la prueba testifical y el informe emitido por la Real Academia de Medicina y Cirugía de esta ciudad; porque apreciada en conjunto la prueba practicada, y entre ella la testifical que en el caso de autos constituye el elemento, si no principal, al menos singularmente importante de aquel conjunto, es indudable que el accidente se produjo en los términos y por las causas aducidas por el actor, según, por otra parte, se induce del criterio racional, pues en el orden común y hacedero de las cosas, y tal como los hechos se han ofrecido, la conciencia natural y lógica es el resultado del accidente, ó sea la muerte del obrero M. por virtud de la caída en la forma y manera explicada cuando ejecutaba el trabajo que le estaba encomendado, sin que se oponga á ello el que estuviera ó no en completo estado de salud, ni tampoco lo opinado por el médico de la Compañía, cuyo elemento de prueba ha sido avalorado en la apreciación de la misma, que, como cuestión de hecho y de criterio subjetivo, incumbe exclusivamente al Tribunal sentenciador, á tenor de los artículos 632 y 639 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

«Considerando: Que entendiéndose como accidente, á los efectos de la ley de 30 de enero de 1900, toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia de trabajo que ejecuta por cuenta ajena, y por patrono, particular ó Compañía, propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste, es visto que el hecho demandado define el concepto jurídico del accidente, conforme el artículo 1.º de la expresada ley;

«Considerando, pues, que: congruente á lo expuesto, es imputable la responsabilidad del accidente á la Sociedad demandada en el orden que preceptúan los artículos 1.º y 3.º, número 2.º, ambos de la disposición invocada, supuesto que no existen tampoco términos legales para sostener que el accidente fuera debido á fuerza mayor extraña al trabajo en que el accidente se produjo;

«Considerando: la disposición 1.ª del artículo 5.º de la precitada Ley de Accidentes de 30 de enero,

«Considerando, en orden, al procedimiento, que por los defectos que se indican en el último Resultando de esta sentencia, se ha hecho acreedor el Juez de primera instancia de R., á una advertencia por parte de esta Sala....»

Discurso¹

pronunciado en la colación de grados de los doctorados en la Facultad Libre de Ciencias Jurídicas y Sociales de Río Janeiro, por el doctor Lima Drummond.

(Conclusión)

Es urgentísimo que el profesor haga ver al discípulo el Derecho al través de las múltiples adaptaciones necesarias de los principios abstractos al ambiente jurídico que él no puede percibir; desarrollándole ese sentido de la realidad que en la literatura hace la gloria de Balzac el fundador de la novela contemporánea, y en la jurisprudencia como se denomina el sentido jurídico. La multiplicidad de los ejemplos prácticos reintegrará el Derecho formulado en los hechos, de los cuales se extrae la sabiduría del legislador; lo hará contemplar en la vivacidad del drama social contemporáneo. Lo proficuo de este ensayo, exige, de parte del profesor, además de los conocimientos doctrinarios, la práctica profesional, para que, en su clínica judicial, se examinen los casos interesantes que despierten la atención del discípulo inteligente y estudioso; teniendo siempre delante de sí, profesor y alumno, los textos legales, analizados, que no deben ser citados de memoria, sino leídos y releídos con cuidado, observados continuamente, para que de las palabras de la ley se infiera su sentido y finalmente se adapten de igual manera con los ejemplos adecuados á los preceptos legales en su ductilidad maravillosa. La elaboración doctrinaria debe ser aplicada á la vida cotidiana, para que se manifieste en su verdadero destino el Derecho, que solamente de esta manera podrá ser debidamente apreciado, como una imprescindible fuerza social y no como un artefacto caprichoso de la voluntad del legislador.

En los ejercicios continuos de aplicación de la ley á los hechos, debe el profesor habitar al discípulo á la corrección y á la precisión de la terminología jurídica; de modo que sean siempre expresados por los mismos vocablos, las mismas ideas. En la enseñanza del Derecho como en los textos de las leyes, cabe la advertencia de Jeremías Bentham: «las palabras deben ser medidas como diamantes».

Pero el trabajo de la presentación de ejemplos por parte del profesor, no alcanzará la ansiada cumbre en sus resultados pedagógicos, si á él no correspondiera la iniciativa del estudiante en idénticos esfuerzos. No basta que esa aplicación del Derecho á los casos concretos, sea hecha por el profesor. El método de exposición *ex-cathedra*, si debe ser preponderante, no debe ser exclusiva en la enseñanza universitaria.

Ahora, en vez de eso, es indispensable la iniciativa del estudiante en el trabajo personal de la inteligencia, para que la actividad meramente receptiva no perjudique una parte importante de la cultura mental. Es preciso, por tanto, que se revele la iniciativa de los estudiantes en las aplicaciones prácticas de las teorías aprendidas.

De ahí la excelencia de los famosos seminarios de las universidades alemanas, que profesores eminentes tentaron introducir y vulgarizar en Italia, sobresaliendo aquellos que en la Universidad de Bolonia fueron crea-

dos por Montovani-Orsetti, profesor de Derecho Público y por el egregio criminalista Luigi Lucchini. Son verda, deros cursos prácticos en los que se mantiene la iniciativa del estudiante, en el estudio de todos los ramos del Derecho, bajo la asidua dirección del competente maestro.

No os olvidéis de este método saludable, mis jóvenes colegas, cuando tengáis que enseñar el Derecho. Es un acto de patriotismo esta enseñanza, y tengo la certidumbre de que nunca la tergiversaréis con ningún obstáculo opuesto al amor de la patria libre. Afrontadlas siempre con la firmeza de los santos principios por la cual se aguilata la intransigencia del carácter.

La lucha por el derecho, como acabáis de verificar, participa de la magia del encanto de la lucha por el bien, que proscribió el estado salvaje y es la herencia de la civilización moderna.—Es melodiosa, sin embargo, la voz que la preconiza como la poesía del carácter. Ella es un himno á la paz por la justicia y por el trabajo en una apacible efusión de bondad, siempre esplendorosa. *Sit tibi voluntas infensa malo*, dice á cada uno de vosotros en la fórmula legal de la colación de vuestro grado, el eminente director de la Facultad. Hacer el bien es la suprema felicidad de los espíritus elegidos, en el desvanecimiento de las ilusiones del egoísmo y en el esplendor divino de la caridad. ¡Qué belleza y qué delicias aprecian y pueden descubrir los corazones purificados por las virtudes cristianas en el cuadro sonriente de las venturas ajenas y en la dulcísima visión de la reproducción de ese cuadro, al anuncio de todas las auroras!

Todas las nobles cualidades que forman ó transforman el carácter del hombre, deben presentar no solamente el aspecto negativo, sino también la faz positiva. No es suficiente no ser vicioso, es además necesario ser virtuoso. No basta dejar de hacer el mal,—repeta Roosevelt, el gran estadista norteamericano, en ese libro fuerte y sugestivo de filosofía social por él escrito sobre la *Vida intensa*; es necesario hacer el bien resueltamente, de modo á formar en esa calma, de más firme é invariable resolución,—la verdadera energía del carácter.

Entretanto, hay un elemento disolvente del entusiasmo de los legionarios del bien:—es el escepticismo, que no sólo entorpece el raciocinio, sino también, enturbia las energías de la voluntad.

La duda filosófica y religiosa, es un agente de inercia y de destrucción, siendo además un factor de desesperación. La grandeza de las verdades del orden filosófico y religioso, pensaba E. Renán cuando recibía á Pasteur en la Academia Francesa, consiste en presentarlas con el doble carácter de imposibilidades físicas y de absolutas necesidades morales.

La conciencia humana procura encerrar en una fórmula, lo que ella no puede resignarse á ignorar. Ved ahí, mis inolvidables amigos, la gran verdad. La apología del escepticismo, es la apología de la desesperación. La conciencia humana no se resigna á ignorar lo que le es prohibido saber. Elimínala, sin embargo, de vuestro espíritu la duda subversiva, y reemplazad vuestros corazones en ese santuario incomparable del corazón de Jesús.

Y con la seguridad especial de mi afectuoso saludo os diré además en este último instante de nuestra convivencia académica: id y, entonando la canción de la esperanza en los altos destinos de la humanidad, redimida por la creencia, trabajad con las vulgarizaciones de vuestro talento y con la lealtad de vuestro carácter, por la Patria y por la República.

1. Ver páginas 317 y siguientes, del número anterior.

Sentencias del Presidente Magnaud

Siguen llamando la atención en Francia las sentencias del Juez Magnaud, «el buen juez» como lo llama el pueblo. Magnaud es el representante de una avanzada y nueva tendencia dentro de la judicatura francesa, y sus pronunciamientos son buscados con interés.

Publicamos algunos:

Tribunal correccional de Château-Thierry

Delito de mendicidad: libre absolución

Audiencia del 6 de marzo de 1902.

El Tribunal:

Considerando: que C. es perseguido por mendicidad simple;

Considerando: que el 4 de marzo de 1902 en Paroy, hallándose C... sin trabajo desde hacía un mes, solicitó y obtuvo de F..., obrero como él, un pedazo de pan;

Que formuló su petición del modo más conveniente y sin ultrajar ni amenazar a nadie;

Que este llamamiento, de su parte, a la solidaridad humana, no supone acto alguno inmoral, y que no ha podido entrar en las intenciones del legislador castigarlo como si constituyera un verdadero delito de mendicidad;

Que en tan dolorosa circunstancia lo que aparecía, por el contrario, como cosa inmoral, es rehusar un alimento tan de primera necesidad por parte de aquel que lo pudiese dar;

Que en verdad puede preguntarse dónde estarán la equidad y la justicia, si se castiga a un ser humano por haber simplemente pedido a su semejante un pedazo de pan, cuando el primer deber de la sociedad y el interés sabiamente comprendido de su propia seguridad estarían en asegurar a todos sus miembros infelices, quienesquiera fuesen, el pan necesario a su existencia;

Que el derecho a la vida es tan incontestable para los desheredados de la fortuna como para aquellos que la suerte ha hecho nacer bajo una más feliz estrella;

Que en verdad, el acusado poseía en el momento de ser detenido, una suma de dos francos; pero que, sin trabajo, recorriendo los pueblos para procurárselo, compréndese muy bien que quisiera, como él mismo ha dicho, conservar tan pequeña reserva para los días en que, mientras aguardaba tiempos mejores, le fuese negado el pan que ahora solicitaba;

Que jamás ha sufrido condena de ninguna especie, y que sería muy difícil poder demostrar que es mendigo de profesión;

Que, aún siendo fácil esto, pues hay que desconfiar de todo con las sutilezas jurídicas, faltaría aún demostrar, para que hubiese en este caso verdadero delito, que la tal profesión no es resultado de la necesidad; pues las ineluctables necesidades de la vida se imponen con fuerza tan irresistible en tiempos de huelga como en los períodos de trabajo;

Considerando, además: que se ha demostrado ya con documentos indubitables, con ocasión de otros procesos de esta misma naturaleza seguidos ante este Tribunal, que no existe en todo el departamento del Aisne ningún establecimiento que pueda llevar eficaz remedio a la mendicidad;

Que, pues la sociedad no cumple en esta circunstancia, como en tantas otras, el deber que a sí misma se impuso, no puede, aún tomando el artículo 274 al pie de la letra y aceptando por un instante la jurisprudencia sentada en esta materia, haber delicto de mendicidad por parte del detenido;

Considerando: que desde hace más de tres años, y como consecuencia a las sentencias dictadas por este Tribunal sobre mendicidad simple el 30 de enero y el 3 de marzo de 1899, como también de la circular ministerial de 2 de marzo del mismo año, que siguió a aquéllas, ningún expediente se ha intentado contra este Tribunal para hacer que rectificase su jurisprudencia humana y generosa;

Que, pues ésta no ha producido sino muy excelentes efectos, ya que en la jurisdicción de este Tribunal jamás ha sido turbada la tranquilidad por los que la ley designa con el nombre de «mendigos simples», el Tribunal persiste en ella con mayor energía que nunca, dejando a otros, si se lo pide su conciencia, el cuidado de decidir distintamente en parecidas circunstancias;

Por estos motivos:

Declaramos libre al procesado, sin costas.

Hurto de alimentos: libre absolución

Audiencia del 4 de mayo de 1900.

El Tribunal:

Considerando: que el día 15 de abril de 1900, en S... el acusado X... se hizo servir algunos alimentos por la fondista viuda C..., sin tener encima dinero ninguno para poderlos pagar;

Que este hecho está penado por el artículo 401 del Código Penal;

Considerando: también que en el momento en que X... declaraba a la fondista que no podía pagarle el gasto hecho, la viuda C... se apoderó de su gorra como garantía de pago;

Que esta gorra representaba sobradamente la suma de 1 franco 10 céntimos, que era lo debido por X...; Considerando: que para que hubiese delito de hurto de alimentos, era preciso que hubiese también imposibilidad absoluta de pagar;

Que la viuda C... apoderándose sin derecho y de una manera censurable además, de la gorra de X... en compensación de los alimentos dados por ella, ha dejado por sí misma establecido que la imposibilidad de pagar no era más que relativa;

Considerando, por otra parte: que X... estaba sin trabajo desde hacía poco tiempo, y que el mismo día en que se produjeron los hechos de que se le acusa, había entrado al servicio de un agricultor vecino, con el sueldo de cuarenta francos mensuales, con casa y comida, y que allí siguió trabajando desde aquel momento;

Que finalmente, algunos días después, y como para demostrar X... que su intención no era perjudicar a la viuda C..., el procesado fué a ofrecer a ésta la suma de un franco y diez céntimos que le debía, la cual ella rehusó, aunque devolviéndole su gorra;

Considerando, pues: que faltaron dos de las condiciones esenciales para que hubiese delito de hurto de alimentos: la imposibilidad absoluta de pagar y la intención de causar perjuicio;

Por estos motivos:

Absuelve al nombrado X... de los fines de la causa, bremente y sin costas.

Petición de alimentos por la viuda de un obrero muerto en el trabajo: condena del patrono

Audiencia del 25 de octubre de 1900.

El Tribunal:

Considerando: que la señora C... viuda de un obrero víctima de accidente del trabajo, *sin más refugio que el de la caridad pública y sin dinero ninguno para subvenir á las necesidades más inmediatas de su propia existencia y la de sus hijos*, se presentó el día 18 del actual con el objeto de obtener inmediatamente una provisión de alimentos, mientras aguardaba la fijación amistosa ó judicial de la renta á que tienen derecho;

Considerando: que el Juez, basándose en el salario percibido por el obrero, que el patrono admitió, pero no la demandante, aunque reservando todos los derechos de ésta, dispuso que una suma de 35 francos, calculada sobre los días transcurridos desde la fecha en que ocurrió el accidente, había de ser entregada inmediatamente á la viuda C... para atender á las más urgentes necesidades;

Considerando: que esa suma, en cualquier momento de la causa, es una propiedad indiscutible de la demandante y de la cual el patrono no es más que el depositario;

Que, sin embargo, el patrono A... ó mejor la Compañía de seguros que pleitea en su nombre, ha rehusado ejecutar nuestra anterior decisión, que el más simple espíritu de humanidad ordenaba aceptar;

Que pedir humanidad á las compañías de seguros, las cuales sin preocuparse de los infortunios del prójimo, no piensan más que en aumentar los dividendos de sus accionistas, constituye una inocencia ó tontería sin igual;

Considerando: que, gracias á algunas personas caritativas, ha podido vivir hasta hoy, y que ayudada de los buenos consejos del letrado Mr. Métenier, presenta al Tribunal, apoyándose esta vez en el artículo 16 de la ley de 9 de abril de 1898, una petición de alimentos;

Considerando: que el patrono A... reconoce que la suma de cuarenta y ocho francos y setenta y cinco céntimos reclamada, es justa y ofrece satisfacerla, pero con la condición impuesta por la Compañía de seguros, de que será pagada por trimestres vencidos, ó sea, de aquí á dos meses de la fecha de hoy, y que para sostener su pretensión se apoya:

1.º En el artículo 3.º de la ley de 9 de abril de 1898:

2.º En que en el asunto no ha recaído aún resolución definitiva;

3.º En el decreto de 28 de febrero de 1899;

Considerando: que si las rentas perfectamente determinadas no son pagables sino por términos vencidos, *no puede ser igual tratándose de una petición de alimentos que se reclama para atender á las más urgentes necesidades de la vida, mientras se aguarda la terminación de un litigio*; que se impone sin dilación el pago de esa suma, *no tan sólo porque es cuestión de orden público no dejar morir de hambre á los infelices, sino también porque el espíritu de la ley de 9 de abril de 1898 y el pensamiento indubitable del legislador fueron auxiliar de este modo é inmediatamente á las víctimas de los accidentes del trabajo ó á sus representantes, mientras se espera la fijación, que ha de ser tan rápida como sea posible, de esas rentas ó indemnizaciones*; que tanto es esto así, que la misma ley prescribe la ejecución inmediata y contra toda apelación de la sentencia que fije esa provisión de alimentos, teniendo en cuenta su carácter de absoluta urgencia;

Considerando, además, que el patrono A... en nombre de la Compañía de seguros, pretende que estando por resolver el asunto no hay lugar á provisión de alimentos; considerando que en sentencias de accidentes del trabajo, y teniendo en cuenta que los habiente-derechos á las indemnizaciones ó rentas viven al día y no poseen recursos que les permitan esperar, el Juez, inspirándose en el espíritu y no en la letra de la ley sobre accidentes del trabajo, no lo puede estimar del mismo modo, *pues ante todo, lo que conviene es interpretar las leyes de un modo útil y práctico, conformándose con el pensamiento dominante en el legislador*; que, además, desde cualquier punto de vista que se considere, aún desde el punto de vista puramente jurídico, el asunto de la viuda C... no puede decirse que se halle en tramitación, pues no se ha interpuesto transacción ninguna ante el magistrado conciliador; que en la segunda reunión de las partes con este objeto no se ha logrado más que ponerse de acuerdo sobre el salario anual de la víctima, pero no sobre la mejora de renta que reclama la demandante apoyándose en una falta inexcusable por parte del patrono; que es preciso, pues, recurrir desde este momento al Tribunal, cuya decisión, por culpa de las dilaciones propias de este procedimiento, no puede ser inmediata;

Considerando, finalmente, que para no pagar en seguida el patrono A... ó más bien la Compañía que le representa, se apoya en el decreto de 28 de febrero de 1899; pero considerando que este decreto no se refiere más que al procedimiento que se ha de seguir para obtener el pago de las rentas ó indemnizaciones ya absolutamente fijadas cuando el deudor olvida su obligación ó está en la imposibilidad de pagar; que ninguno de sus artículos tiene relación, ni siquiera lejana, con el pago de una provisión de alimentos obtenida en virtud del artículo 16 de la ley 9 de abril de 1898; que este decreto no tiene aplicación en este caso, y no constituye más que un nuevo medio dilatorio;

Considerando: que el Tribunal *no quiere prestarse á consagrar tan desleales escapatorias*;

Que conviene, por el contrario, poner prontamente término, sobre todo por lo que se refiere á los débiles y desheredados, á esa especie de sport jurídico que consiste, gracias á las sutilezas y argucias de procedimiento, en sembrar de obstáculos el camino de la justicia para detenerla ó siquiera retardar su avance;

Considerando: que, de acuerdo las partes, ha sido fijado el salario anual de la víctima en 1,300 francos; que, basándola en esta cifra, la renta anual que es debida á la viuda y á sus hijos no puede ser menor de 585 francos; que habiendo transcurrido treinta días desde aquel en que ocurrió el accidente, se debe hoy día de la fecha á la viuda C... y á sus hijos la suma de 48.75 francos;

Considerando: que en razón del estado de extrema miseria de la viuda C... y de sus hijos, al cual conviene poner remedio sin dilación, y teniendo en cuenta su derecho de propiedad incontestable sobre la suma indicada, cuyo pago tan moderadamente reclaman á título de provisión de alimentos, es del caso condenar al patrono A..., representado por una Compañía de seguros, aún reconociendo que *á haber obrado libremente dicho patrono, hubiera á tiempo auxiliado á la viuda C...*;

Por estos motivos:

Condena al patrono A... á pagar inmediatamente á la viuda C... la suma de 48.75 francos á cambio de un simple recibo; dispone que desde esta fecha le será pagada mensualmente una cantidad igual hasta que se haya definitivamente fijado la renta á que ella y sus hijos tienen derecho;

Ordena la ejecución provisional de la presente sentencia contra toda apelación, condenando además al patrono A.... á todos los gastos del proceso.

Accidente del trabajo: condena del patrono

Audiencia del 7 de noviembre de 1900.

El Tribunal:

Considerando: que sobre una demanda pidiendo indemnización y pago de una renta anual y vitalicia presentada por D.... contra Z...., á consecuencia de un accidente del trabajo sobrevenido al primero el día 22 de marzo de 1899 en una mina de yeso explotada por el demandado, el Tribunal por sentencia de 21 de diciembre de 1899, nombró un perito con el objeto de establecer los tres puntos siguientes: 1.º averiguar la anchura exacta de la galería; 2.º averiguar y declarar si existía una antigua galería abandonada que iba á desembocar cerca de la en que trabajaba D.... y en la cual se produjo el accidente; si la más elemental prudencia no obligaba á Z.... á apuntalar aquella galería, especialmente el trozo próximo al entronque con la galería vieja; si se hacía la explotación de un modo normal y conforme á las reglas del arte; y 3.º dejar sentado si el propio Z.... no ha explícitamente reconocido que era excesiva la anchura de la galería explotada cuando ha ido estrechándola á contar de la fecha en que ocurrió el accidente;

Considerando: que del informe del perito resulta la más completa irresponsabilidad del patrono y que en él se hacen extraordinarios elogios de la prudencia y regularidad de su explotación;

Considerando: empero que el perito confiesa que la galería donde se produjo el accidente que ocasionó á D.... la pérdida de una pierna, á consecuencia de haberse hundido una parte de la bóveda de la misma, se halla todavía completamente obstruida por los escombros del hundimiento; que de esto resulta que el perito no pudo practicar las mediciones que le indicaba el primer punto de la instrucción judicial, que si acaso han sido hechas imperfectamente y sin todas las garantías que se deseaba;

Considerando: que fué por la voluntad del propio Z.... que se reanudó la explotación en dicha galería, sin aguardar á que se practicase el peritaje, cuyas operaciones se han dificultado así, haciendo imposible la comprobación de las declaraciones formuladas por el demandante, especialmente por lo que se refiere al punto exacto en que ocurrió el accidente; que el patrono Z.... no puede salir beneficiado por un estado de cosas creado por él mismo en provecho propio;

Considerando: que aún teniendo por exactas las afirmaciones hechas por el perito, las cuales niega el demandante, resulta que la base de la galería era de una anchura de 8.15 metros cuando el techo de la misma era de 6.90 metros tan sólo; que la excesiva oblicuidad de los pilares, debida á esta diferencia de anchuras, quita solidez á los mismos pilares; que en vista de esto se imponía un apuntalamiento que no efectuó el patrono Z.... y hubiera efectuado todo explotador prudente y cuidadoso de la seguridad general de sus obreros;

Considerando: que esta operación se imponía especialmente en el lugar más próximo en que ocurrió el accidente y donde venía á dar la abertura de una mina abandonada, y que en ese mismo punto el techo de la galería se ensancha forzosamente, sin que se hubiesen

colocado puntales de sostenimiento más que en uno solo de sus lados;

Considerando, en fin: que si el perito declara que únicamente por conformarse á reglas de prudencia, el patrono Z.... ha estrechado súbitamente las dimensiones de la galería en que ocurrió el accidente, no puede el Tribunal aceptar esa apreciación;

(Continuará.)

"La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración"

SUMARIO DEL N.º 21.-AÑO XV

MARCAS DE FÁBRICA. — Nota honrosa para la Cámara de Comercio, pág. 321.

LA OPINIÓN PÚBLICA, COMO FACTOR EN LAS DEMOCRACIAS AMERICANAS, por el doctor L. S. Rowe, pág. 322.

JURISPRUDENCIA:

Los acreedores que intervienen en un concurso y cuyos créditos no han sido garantidos con un embargo anterior, no pueden entrar á prorratear el embargo actual sobre el 15 % del sueldo del concursado, de acuerdo con el artículo 4.º de la ley de junio 25 de 1903, que establece que sólo se podrá embargar el 15 %, para el pago de los embargos pendientes, ya trabados.

Con posterioridad á la vigencia de la ley, no pueden participar más que los acreedores que tenían embargo pendiente en los concursos que no tengan otros bienes que el embargo sobre el sueldo de un empleado, pág. 325.

— La mujer casada puede ceder una parte determinada de la herencia que le ha sido deferida antes de la apertura judicial, sin que para ello sea obstáculo las disposiciones de los artículos 1063 del Código de P. Civil y 1053 y siguientes del Código Civil.

Corresponde al cesionario de los derechos hereditarios, el practicar el inventario al liquidar la herencia, no debiendo responder la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas hereditarias más allá del total del haber hereditario, pág. 327.

— El acto jurídico que importa el ingreso en calidad de socio á la sociedad denominada «Caja Internacional Mutua de Pensiones», y los derechos que de él se derivan, no constituyen el contrato civil de renta vitalicia legislado en los artículos 2156 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia, no es necesaria la formalidad de la escritura pública, exigida por el artículo 2157 del Código Civil para los contratos de renta vitalicia, — pudiéndose, á falta de ley prohibitiva, establecer que la inscripción en el registro social y la posesión de la libreta con la matrícula correspondiente, es suficiente título para acreditar la calidad de socio, pág. 330.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

Accidente del trabajo. La falta de salud del obrero no evita la indemnización debida á causa de un accidente, pág. 332.

DISCURSO PRONUNCIADO EN LA COLACIÓN DE GRADOS DE LOS DOCTORADOS EN LA FACULTAD LIBRE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE RIO JANEIRO, POR EL DOCTOR LIMA DRUMMOND, pág. 333.

SENTENCIAS DEL PRESIDENTE MAGNAUD:

Delito de mendicidad: libre absolución, pág. 334.

Hurto de alimentos: libre absolución, pág. 334.

Petición de alimentos por la viuda de un obrero muerto en el trabajo: condena del patrono, pág. 335.

Accidente del trabajo: condena del patrono, pág. 336.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Albuquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castillo, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustan, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-María, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Hildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaudi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guillot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grané, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafaur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín C.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Piñeyro del Campo, Luis.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sienra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Teira, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Vazzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vidal, Antonio E.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williman, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE JULIO DE 1909

NUMERO 22

Matrimonio de hijos naturales

Aplicación del artículo 311 del Código Penal

OPINIÓN DEL DOCTOR JOSÉ IRURETA GOYENA

Con motivo de haberse autorizado por varios Oficiales del Registro de Estado Civil matrimonios de hijos naturales sin recabarse la escritura de reconocimiento de éstos, ordenada por circular administrativa de fecha agosto 19 de 1902, interpretativa del artículo 111 del Código Civil, el señor Director del Registro juzgó evidente la aplicación del artículo 311 del Código Penal.

Recabada la opinión del doctor Irureta Goyena, éste se expresó en los términos que se dirán más adelante. La consulta evacuada por este distinguido abogado reviste sumo interés, no sólo por los fundamentos que la informan sino por el precedente que puede sentar para lo sucesivo, desde que no siempre los magistrados nacionales han opinado de la misma manera.

Interesante de todo punto de vista, la opinión que referimos, sienta á nuestro juicio, la verdadera doctrina y agota todo comentario, al sostener que es indispensable el *dolo* para que puedan pensarse las infracciones que determina el artículo 311 del Código Penal. Con menos fun-

damento, pues, podría ser de aplicación esta disposición penal al caso en que se omite cumplir una circular administrativa.

El Fiscal, doctor Pittamiglio, y el Juez de Instrucción, doctor Silva, han resuelto recientemente que no hay mérito para instruir sumario en un caso exactamente igual al que motivó la consulta.

He aquí la respuesta del doctor Irureta Goyena:

I

Hay infracciones que llevan en sí mismas la prueba de la intención dolosa con que han sido cometidas: *Res in se ipsa dolum habet*, dicen los autores: tal, p. ej., la injuria, la difamación, el estupro, etc. Otras existen, en cambio, en que pudiéndose el hecho explicar de diferentes maneras, algunas de las cuales excluyen el propósito criminal, la prueba de la intención dolosa debe hacerse expresamente por el acusador público ó privado: tal, p. ej., la circulación de moneda falsa, la denuncia calumniosa, el prevaricato y el delito á que se refiere el artículo 311 del Código Penal.

La situación del prevenido en el juicio cambia fundamentalmente, según se trate de las infracciones relativas á la primera categoría, ó de las infracciones relativas á la segunda. En el primer caso, el prevenido está obligado á suministrar la prueba de que el hecho se ha cometido sin dolo alguno por su parte; en el segundo, el

prevénlo no está obligado á demostrar nada, recayendo sobre el acusador todo el peso de la prueba.

Se comprende fácilmente la aplicación que en el caso *sub judice* tiene el distinguido que acabo de hacer, basándose para ello en la opinión de los más sabios penalistas.

II

Admitido que la omisión del requisito en virtud del cual el Oficial de Registro Civil se abstuvo de exigir á la madre de la contrayente la escritura del reconocimiento de su hija, tiene su origen en olvido momentáneo é involuntario de la circular que le imponía tal obligación, cabe todavía, que se pueda sostener, si bien inexplicablemente, que para incurrir en la infracción establecida en el artículo 311 del Código Penal, basta la simple culpa, no siendo necesario en manera alguna el dolo.

Es la falsedad, la absoluta falsedad de esta tesis, lo que me propongo demostrar en las páginas siguientes, con toda la concisión y brevedad que el esclarecimiento de la cuestión me lo permitan.

La regla, tanto del punto de vista legal, como doctrinario, es que no hay delito sin dolo, ó lo que es lo mismo, que no hay delito sin la voluntad de violar la ley penal, que da existencia y forma legal al delito.

«Ad eccezione di qualche raro esempio le legislazioni penali hanno sempre presupposto per la punizione di un fatto contrario alla legge che la *volizione* di esso con la coscienza della sua contrarietà alla legge sia il fondamento della sua apparizione nel mondo dell'esistenza» (Pessina, «Elementi di diritto penale», vol. I, página 170).

Como no hay regla sin excepción, los Códigos en general, siguiendo la ruta marcada por la doctrina, en ciertos casos especiales,—que de una manera genérica puede decirse que son aquellos en los cuales la lesión jurídica reviste gran importancia,—castigan también la infracción motivada por simple culpa. El Código Penal italiano, en el artículo 45 establece, mediante una fórmula cuya precisión no puede ser mayor, la tesis que acabo de sustentar. «Nessuno,—dice el artículo,—può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti á suo carico come conseguenza della sua azione o omissione».

Los casos siempre excepcionales, repito, en que el legislador se conforma con la culpa para admitir el delito, los establece de una manera expresa y uno por uno en la misma ley. «Dopo, dice Majno, quanto si é finora osservato appena occorre di soggiungere che i casi di responsabilità penale per fatti non voluti non sono altrimenti che quelli in modo speciale designati dalla legge, la quale per tanto é á ritenersi tassativa nella indicazione dei delitti punibili per semplice colpa» (Tomo I, pág. 110).

Este criterio es exactamente el que se ha adoptado en nuestro Código, si bien el legislador nacional, menos explícito que el legislador italiano, no lo ha establecido de una manera categórica. Al definir el delito, en efecto, en el artículo 1.º del Código, no tuvo en cuenta que la trascendencia de ciertas lesiones de derecho, exigían la represión de la simple culpa, limitándose á establecer los caracteres del delito ordinario, es decir, de la transgresión voluntaria y consciente de la ley penal. «Delito, dice el referido artículo, es la acción ó omisión voluntaria castigada por disposición expresa de la ley penal». Con arreglo á esta definición, si el legislador se hubiese mostrado consecuente consigo mismo, ó mejor dicho con la fórmula de que se valió para expresar la acción del delito, no podría haber otras infracciones que las infrac-

ciones voluntarias, es decir, aquellas inspiradas en el propósito consciente y definido de violar la ley. No ha sido así, sin embargo. Lo que el legislador omitió al definir el delito de una manera general, lo tuvo muy en cuenta al estudiar los delitos en particular, formulando caso por caso, las excepciones al principio de la *volición*, base fundamental de la responsabilidad. Esos casos se reducen á cinco en todo el Código: artículo 265, que trata del descarrilamiento de ferrocarriles; artículo 270, que prevé los atentados contra la salud y alimentación pública; artículo 273, motivado por la quiebra culpable; artículo 325, referente al homicidio, y artículo 329 en que se sanciona el delito de lesiones culpables. En todos estos delitos, el legislador ha tenido el cuidado de establecer analíticamente que la lesión de derecho, que da carácter á la infracción, cometida por imprudencia, impericia de su propio arte ó profesión, inobservancia de los reglamentos, órdenes ó deberes de su propio cargo se castiga con una pena especial, siempre de menor entidad que la consignada para el mismo hecho verificado dolosamente. Si el legislador no hubiera establecido de una manera expresa las excepciones al principio general que acabo de mencionar, no habría dentro de nuestra legislación infracciones de carácter culpable; verificado ese trabajo de selección, es claro que no pueden admitirse otras excepciones que las que el mismo legislador ha enumerado categóricamente. Lo contrario sería reprimir actos que el Código no reprime, con menoscabo del aforismo jurídico *nullum delictum sine previa lege penale*, mediante el olvido de una de las reglas más esenciales de hermenéutica penal, la que excluye precisamente la interpretación analógica, cuando conduce á agravar la situación del reo.

Entre las excepciones formuladas por el legislador no se encuentra la que correspondería al delito atribuido por el señor Director del Registro Civil; no existe, en efecto, en el capítulo de las infracciones relativas al matrimonio ilegal, una disposición del carácter de la que figura en el homicidio, en el descarrilamiento de ferrocarriles, en las lesiones, por la cual se establezca expresamente la responsabilidad penal de los Oficiales que celebran, por inadvertencia, un casamiento con transgresión de las disposiciones pertinentes del Código Civil. Si se hubiera violado el artículo 107 del Código Civil, y digo si se hubiera violado, pues en el momento oportuno demostraré de una manera cabal y perfecta que también esa imputación es falsa aun objetivamente considerada, el Oficial del Registro sería autor culpable de una infracción en que la simple culpa escapa á la represión. Es evidente, entonces, para quien no ignore los principios más elementales de la penalidad, que la falta cometida es absolutamente extraña á la justicia criminal.

III

Creo haber demostrado, mediante el examen del criterio seguido por el legislador en la represión de la culpa que el Oficial del Registro Civil no ha cometido ningún delito; pero con el fin de que no quede ni siquiera el vestigio de una duda á ese respecto, por otro género de razonamientos trataré de establecer claramente que los funcionarios no son responsables ante la ley penal del daño que ocasionan por simple culpa, salvo las excepciones consignadas por la misma ley.

Procuraré ser breve. Veamos lo que sucede con el «Prevaricato», el más típico y persuasivo de todos los casos de que pudiera valerme. Castiga la ley al Juez que por ignorancia, por error, ó por cualquier otra circuns-

tancia, infiere agravio á los derechos de un litigante, en beneficio de los intereses y de la afección del contrario? Resultante, no. «Cometo prevaricato», dice el artículo 207 del Código Penal, «el Juez que maliciosamente expide sentencia injusta.» La ley no puede ser más terminante: maliciosamente, quiere decir á sabiendas, con maldad, con plena conciencia de la injusticia que se comete. Así lo entienden también los autores, que revelan acerca del sentido de este artículo una armonía que es raro encontrar en la doctrina. He aquí las palabras que tomo al azar de uno de ellos, el más conocido tal vez, en nuestros Tribunales. «Es necesario que la falta sea á sabiendas, que sea maliciosa, que se cometa por algún efecto de la voluntad y no por error de la inteligencia ó del juicio. El juez fanático que ve realmente crímenes donde la razón fría y desapasionada no puede hallarlos, será un juez injusto pero no un juez prevaricador. Por el contrario, merecerá este nombre el que conociendo la injusticia que comete, la verifica y lleva á efecto sin embargo, porque se propone vengar un resentimiento ó favorecer á quien pueda darle una ventaja.» (Pacheco: «El Código Penal concordado y comentado», tomo 2.º, página 394). Las citas son inoficiosas tratándose de una cuestión que reviste el carácter de axiomático, dada su transparencia, y por conceptuarlo así me abstengo de hacer otras transcripciones que corroboren en absoluto la opinión del sabio penalista español.

Ahora bien, si á un Juez que, por falta de criterio, por olvido de una ley, por deficiente ilustración ó por impulsividad psicológica, ó por otra circunstancia análoga, pronunciar con injusticia una condena de muerte, no se le puede enjuiciar criminalmente dentro de nuestra legislación, ¿cómo es posible que con sujeción á ella se pueda torturar con un proceso de esa índole, á un funcionario cuya única falta ha consistido en no haber tenido presente, en momento de agitada labor, una circular ministerial interpretativa de una ley?

Este criterio no señala una excepción en el derecho represivo; es la regla general, como lo demuestra el espíritu de otras dos disposiciones afines de nuestro Código Penal, que me permitirá examinar aunque sea muy á la ligera. Me refiero á los artículos 153 inciso 2.º y 157 del mencionado Código. En el primero se establece la pena en que incurre el funcionario que sin las condiciones y formalidades determinadas por las leyes, procede á la detención de una persona; en el segundo se determina igualmente la responsabilidad de los funcionarios que teniendo conocimiento, por razón de sus funciones, de un arresto ilegal, omitieren, retardaren ó rehusaren proceder según correspondiere para hacerlo cesar.

Ahora bien: he aquí lo que sobre el alcance de esos dos artículos, tomados textualmente del Proyecto de Zanardelli de 1883, y que *mutatis mutandi*, los reproduce el actual Código Italiano, opinan dos eminentes comentaristas de dicho Código, profesores Majno y Crivellini. Dice el primero refiriéndose al artículo 147 concordante con el 153 de nuestro Código, exponiendo la tesis según la cual el dolo es circunstancia general del delito: «Certo á costituire il resto in esame È NECESSARIO IL DOLO; ma il dolo vi è ogni qualvolta la privazione della libertà sia stata fatta volontariamente e non per pura colpa o per un errore sensibile nella interpretazione e nella esecuzione dei doveri inerenti al mandato che la società ha conferito dai pubblici ufficiali per la tutela dei cittadini.» (Majno: «Codice Penale Italiano», vol. I, página 508).

No menos explícito es Crivellini analizando el artículo 151, correspondiente al 157 de nuestro Código y redactado en análogos términos. He aquí sus palabras: «Il le-

gislatore punisce l'omissione, il ritardo, la ricusa; è invece differente, agli effetti penali per l'applicazione dell'articolo in esame, un dolo specifico, l'intensione diretta di voler attentare alla libertà individuale. Perciò, quando il pubblico ufficiale abbia voluto omettere ó ritardare ó di procedere per far cessare la detenzione ó di riferirne all'autorità che deve provvedere, dovrà ritenersi responsabile. Questo solo deve aversi per costante, che punendosi dal legislatore la semplice omissione od il semplice ritardo, si presume, trattandosi di delitto, che il pubblico ufficiale nell'omettere ó nell'ritardare abbia voluto omettere ó ritardare. Siccome però, nella omissione ó nel ritardo può essere incluso anche il concetto della colpa, perché si l'uno che l'altro possono avvenire per trascuratezza ó per negligenza, così, ove il colpevole riesca á dimostrare che il fatto appunto avviene per colpa, non potrebbe essere punito, poiché avrebbe provato di non avere voluto il fatto costituente il delitto, cioè l'omissione ó il ritardo. Allora sarebbe il caso non di una repressione penale, ma di una repressione disciplinare.» (Crivellini, tomo V, pág. 558).

Si en todos estos casos en que el funcionario público infiere un verdadero daño á las personas, privándolas del ejercicio de un derecho, que le está mandado tutelar, la naturaleza culpable del hecho basta para desvanecer la infracción, ¿cómo ha de quedar ésta subsistente, cuando la omisión del funcionario, de origen psicológico análogo, no ocasiona perjuicio alguno ni público ni privado? Parece inconcebible, que no se haya advertido, que la falta es de carácter disciplinario, consistiendo tan sólo en el olvido de un requisito administrativo, de una simple formalidad reglamentaria que ni siquiera reviste las proporciones de un requisito esencial, ni de una formalidad sine qua non.

IV

Aduciré una nueva consideración más persuasiva y convincente aún, si es posible, que las anteriores.

El artículo 311 del Código Penal dice que será castigado con multa é inhabilitación el Oficial de Estado Civil que autorizare un matrimonio con violación de alguna de las disposiciones de los artículos 107, 111, etc. En el caso en cuestión no se han violado las disposiciones citadas ni disposición alguna relacionada con la celebración de los matrimonios. El señor Director del Registro de Estado Civil, lo mismo que el señor Fiscal de Gobierno, han confundido la transgresión de una ley con la transgresión de una interpretación administrativa de la misma ley, que es una cosa muy diferente. El artículo 107 del Código Civil se limita á decir que no se procederá á la celebración de matrimonio alguno en el territorio de la República sin el asenso de los padres; y el 111 del mismo Código, que los hijos naturales reconocidos que no hayan cumplido una edad determinada, estarán obligados á obtener el consentimiento del padre ó madre que los haya reconocido. Como se ve, las disposiciones enunciadas no imponen á los Oficiales de Estado Civil la obligación en el último caso de exigir á los padres la prueba del reconocimiento de los hijos, cuyo matrimonio consientan. La ley deja librada la veracidad de ese hecho á la conciencia y la responsabilidad de las personas que invocan la calidad de padres naturales para justificar la validez de su consentimiento. El Juez cumple de acuerdo con los términos de la ley, preguntando á la persona que se titula padre ó madre, si ha llenado la formalidad del reconocimiento, y si presta su consentimiento al casamiento del hijo. La obligación impuesta á los Oficiales

de Estado Civil de exigirle á los padres naturales la presentación de la escritura de reconocimiento, tiene su origen en una simple circular que se dictó en agosto de 1902 con motivo de la diferencia de rito que se observaba en la práctica.

Ahora bien: lo que se ha violado es la circular, no la ley; lo que se ha desconocido es una interpretación administrativa, no un texto legislativo. Una cosa difiere tanto de la otra, como el radio de la circunferencia ó el día de la noche. El olvido y aun la transgresión deliberada de una circular, en la que se dan pautas relativamente á la interpretación de una disposición legislativa, no es, ni ha sido ni será jamás otra cosa que una falta disciplinaria, y no es, ni ha sido ni será jamás una contravención de orden legal.

Para que la falta en que se ha incurrido importara la violación del artículo 111 del Código Civil, además de ser voluntaria, sería preciso también que la orden de constatar la autenticidad del reconocimiento, se hallara establecida por ley.

Hay cuatro especies de interpretación: la privada, la judicial, la administrativa y la legislativa ó auténtica. La primera sólo tiene valor doctrinario; la segunda surte efecto únicamente respecto de las cuestiones ya falladas; la tercera reviste el carácter de una instrucción; sólo la última vale tanto como la misma ley, constituye un complemento de ella, y obliga con todos los efectos del texto principal. En consecuencia, el que contraviene á una ley según el alcance que le atribuye la doctrina, la jurisprudencia ó la autoridad administrativa, no contraviene á la ley, si la doctrina, la jurisprudencia ó la autoridad, interpretan mal la disposición, extendiendo, restringiendo ó tergiversando su sentido. La única interpretación que escapa á esta regla es la interpretación auténtica, hecha por el Poder Legislativo, con todas las formalidades inherentes á la sanción de una verdadera ley.

«Questa interpretazione che ha forza obbligatoria per tutti, deve provenire esclusivamente da una legge in senso proprio, e non già da un atto unilaterale di un organo del potere legislativo, come sarebbe nel caso della autorizzazione á procedere contro un deputato.» La interpretación de las leyes, agrega Haus, por vía de autoridad no pertenece sino al Poder Legislativo. Los jueces deben conformarse á las leyes interpretativas en todas las cuestiones en que el punto de derecho no está definitivamente, es decir irrevocablemente juzgado en el momento en que esas leyes se hacen obligatorias. (Haus, página 93, tomo I, «Le Droit Penal Belge»).

En el caso *sub-judice* se trata, repito, de una interpretación exclusivamente administrativa, del artículo 111 del Código Civil, cuya transgresión si fuera voluntaria constituiría un acto á lo sumo de indisciplina y que, siendo involuntaria, se reduce á una desatención excusable.

Aunque esta cuestión es de suyo transparente, me permitiré cerrar este párrafo con una transcripción del profesor Mansini, sobre el valor de las interpretaciones administrativas. Dice este autor: «I decreti, quindi, é le ordinanze ministeriali che pretendano d'interpretare autenticamente una legge, non hanno forza obbligatoria generale. A maggior ragione ciò é a dirsi delle circolari é istruzioni, le quali se rivolte alla autorità giudiziaria costituiscono un'intollerabile scorrettezza politica; se dirette al pubblico ministero ó ad altri organi del potere esecutivo hanno soltanto carattere istruzionale é quindi forza obbligatoria non superiore a quella d'un ordine di servizio». (Manzini: «Trattato di Diritto Penale Italiano»).

V

Creo que la doctrina que acabo de exponer, está fuera de toda discusión, no sólo por la autoridad de los juriscónsultos que la sustentan, sino también y principalmente por su misma transparencia intrínseca. Quiero, sin embargo, admitir por vía de hipótesis, forzando á todas luces el razonamiento, que la interpretación administrativa que se desprende de la circular citada, tuviera fuerza de ley, formara parte integrante del artículo 111 del Código Civil. ¿Podría, supuesta dicha hipótesis, equiparándose el olvido á la ignorancia, sostenerse, como no estaría libre tal vez de pensarlo algún espíritu caviloso y egoísta, que la imputación que se ha hecho tiene por fundamento la violación de una ley cuya existencia se ignoraba, lo que nunca según las reglas generales, cabe aducirse como excusa? Hay Códigos Penales, en efecto, como el de Italia, Hungría, Centro del Tesino, que disponen expresamente que la ignorancia de la ley no desvanece la responsabilidad. La doctrina se muestra conteste por otra parte, allí donde el legislador no ha creído necesario ser tan explícito, que esa disposición debe suplirse por los Tribunales en la práctica, cerrando herméticamente las puertas de la justicia á tal excusa.

Contesto resueltamente que no. La excusa, que según el derecho racional no puede ser válida en juicio, es la que se funda en la ignorancia de la ley penal, y no de la ley civil. Expresamente así lo establecen los Códigos donde el alcance jurídico de esta circunstancia ha sido reglamentado; así lo dispone el Código italiano, por ejemplo en el artículo 44 que me permito transcribir: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.» «Legge penale», dice, y esta palabra no ha sido empleada al azar como lo demuestra la historia fidedigna de su sanción. He aquí, en efecto, lo que al respecto escribe un autor: «Il progetto Zanardelli, all'articolo 45 diceva soltanto che nessuno può invocare á propria scusa la ignoranza della legge. Nella redazione definitiva del Codice si é detto de la legge penale accogliendo una proposta del Professor Tolomei il quale fece notare che nei rapporti penali deve essere legittima causa di scusa la ignoranza della legge civile e amministrativa. E infatti é regola inconcussa nella dottrina é confermata nella giurisprudenza che l'ignoranza intorno a leggi diversi dalla penale é legittima scusa in quanto per essa venga á mancare l'elemento intenzionale del delitto» (Majno, página 105, tomo I, obra citada). En iguales ó parecidos términos se expresa el eximio maestro Carrara, á quien se remonta en verdad el origen de esta doctrina. He aquí sus palabras: «La regola che l'errore di diritto non scusa ha però bisogno di una dichiarazione che generalmente tralasciati dai teoriti, forse perché giudicata inutile é perché tranquilla nella pratica. Non scusa l'errore di diritto quando cade sulla legge penale, ma può scusare benissimo si cade sopra altre leggi.» (Corso di Diritto Criminale, página 259, tomo I).

JOSÉ IRURETA GOYENA.

JURISPRUDENCIA

El fallecimiento del arrendatario no extingue las obligaciones del fiador, desde que no existe disposición alguna legal que declare extinguida una obligación sin plazo por el fallecimiento de la persona obligada.

Son aplicables al caso las disposiciones de los artículos 1757, 1265 y 1266 del Código Civil.

Vistos y Considerando: Que estableciendo expresamente la ley que los derechos y obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento pasan á los herederos del arrendador y arrendatario (artículo 1757 del Código Civil) la excepción opuesta por el demandado es improcedente, puesto que la obligación principal, á sea el pago de los arrendamientos de la casa calle X, afianzados por el demandado en el documento presentado y cuya firma reconoce como suya, no se ha extinguido por el fallecimiento del arrendatario señor B., sino que se transmitió á sus herederos;

Considerando: Que no estando extinguida la obligación del fiador, siendo por consiguiente inaplicable la disposición del artículo 2116 del Código Civil, así como la también citada por el fiador señor P., del inciso 2.º del artículo 1396 del mismo Código, pues es un absurdo decir que la condición es esencialmente personal, tratándose de las obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento de casas y no de obras, que pueden ser perfectamente cumplidas por los herederos del arrendatario señor B., como lo han sido en este caso por los herederos del arrendador señor M.,—

Por estos fundamentos, se desecha la excepción opuesta, declarándose que el demandado señor P. debe responder en su calidad de fiador al pago de los alquileres de la casa calle X, ocupada por la sucesión B., sin perjuicio del derecho que le asiste de requerir del arrendador, la sucesión M., que intime el desalojo de la casa arrendada, y de su indiscutible derecho de repetir contra la sucesión B. por la cantidad que como fiador fuere obligado á pagar al arrendador ó su sucesión actualmente, siendo de su cargo las costas causadas.

Montevideo, abril 3 de 1909.

Costa Gutiérrez.

Visto en segunda instancia y en definitiva este juicio seguido por la sucesión de don J. A. M. contra don J. P., por ejecución de fianza, venido en apelación por la que interpuso la parte demandada, contra la sentencia de f. 3 v. dictada por el señor Juez de Paz de la 4.ª sección de este departamento,—

Resultando: Que el fiador se comprometió á garantizar por parte de don C. B. B. el arrendamiento pactado con la parte de don J. A. M. y que los arrendamientos que hoy se adeudan y cuyo pago hoy se demanda, han sido devengados por la familia B. y posteriormente al fallecimiento de su causante;

Resultando: Que el apelante se agravia de la resolución del señor Juez *a quo* fundándose en que garantizó el arrendamiento en tanto fuera arrendatario el señor B. y no su familia; que el arrendamiento de la casa no tenía término, y por tanto terminó con el falleci-

miento del señor B.; que el fiador no puede obligarse á más que el deudor principal, y que su obligación cesó al terminar el arrendamiento por muerte del arrendatario;

Resultando: Que la parte actora adhiere al recurso de apelación para que se impongan los costos del juicio al demandado, desde que éste ha demostrado temeridad negándose al pago sin razón ninguna, desde el momento que como lo dispone el Código Civil en su artículo 1757, las obligaciones y derechos que nacen del contrato de arrendamiento pasan á los herederos del arrendador y del arrendatario;

Considerando: Que el proveiente opina que son procedentes las excepciones opuestas por el demandado, pues éste como fiador sólo se ha obligado á garantizar el pago del arrendamiento que devengaba el extinto señor B. y no su familia;

Considerando: Que siendo la fianza una obligación accesoria no puede tener más duración que la del contrato principal;

Considerando: Que el demandado por el documento de f. 1, se constituyó en fiador del alquiler de la casa que ocupaba el señor B., pero sin expresar por qué término era el arrendamiento y estando por tanto la duración de la fianza subordinada al término del arrendamiento. Ahora bien: como el arrendamiento no estaba sujeto á término ninguno pactado por contrato verbal ó escrito, ha cesado por la muerte del arrendatario y se ha extinguido la obligación del fiador;

Considerando: Que si hubiera término para el arrendamiento, no cabría duda que el demandado estaría obligado á sufrir las consecuencias de su calidad de fiador, pues se hubiera obligado en todo el término del contrato principal, y sin tener en cuenta si el obligado era el causante ó su sucesión desde el momento que la ley dispone expresamente que las obligaciones y deberes que resultan del contrato de arrendamiento pasan á los herederos; pero desde el momento que no ha habido término pactado, ha caducado el arrendamiento pactado por el señor B., por su fallecimiento, y si la familia de éste ha seguido ocupando la misma casa, ha sido en virtud de otro contrato tácitamente aceptado por las partes;

Considerando: Que aún cuando, por no haber término estipulado, pasaran á los herederos los deberes y obligaciones del contrato, esto no obligaría al fiador que se ha comprometido á cumplir por determinada persona y durante el término que ésta fuera la obligada al pago; pues la fianza no es parte del contrato de arrendamiento, sino que es un contrato accesorio, como ya se ha dicho;

Considerando, finalmente: Que es necesario recordar que la fianza es un contrato en que priman las condiciones personales del fiado y por lo tanto no puede obligarse al fiador á que garantice un contrato que no debe ser cumplido por terceros si no se ha establecido un término (artículo 2076 del Código Civil);

Por estos fundamentos y lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil, definitivamente juzgando, fallo: revocando la sentencia recurrida y no haciendo lugar á la demanda, sin especial condenación. Ejecutoriada, devuélvase.

Montevideo, mayo 26 de 1909.

J. Cibils Larravide.

Visto en tercera instancia este juicio seguido por la sucesión M. contra don J. P., por ejecución de contrato de fianza, venido en apelación por la interpuesta contra la resolución de f. 10;

Resultando: Que demandado el fiador P. por el importe de alquileres adeudados por la familia del arrendatario fallecido, se opuso al pago de la deuda, porque la garantía prestada era personal al arrendatario y no á la familia de éste;

Y atento á que las obligaciones del fiador no se extinguían con la muerte del deudor principal:

1.º Porque no hay texto legal ninguno que permita llegar á la conclusión contraria, en tanto que existe disposición expresa que impone aquella solución aunque indirectamente.—La confusión que se verifica en la persona del deudor y fiador, dice el artículo 2117, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del subfiador. Luego, la fianza, que es la obligación principal á que accede la subfianza, no ha quedado extinguida por la muerte del deudor, porque de lo contrario la subgarantía hubiera dejado de existir con la obligación principal (artículo 2116).—La confusión, pues, no ha extinguido propiamente la obligación del fiador á pesar de la muerte del deudor sino que la ha hecho de ejecución imposible;

2.º Porque la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, y la intención de los contratantes, al tiempo de realizar el negocio jurídico, obliga á todas las consecuencias que sean conformes á la equidad, al uso ó á la ley (artículo 1265 Código Civil).—En el contrato de fianza es innegable que existe en el acreedor la voluntad de quedar garantido mientras persista la deuda, y en el fiador la intención correlativa—salvo estipulación en contrario—de quedar obligado mientras la obligación principal no se extinga.—Luego, sabiendo los contratantes que los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente á los herederos (artículo 1266) y que los derechos y obligaciones que nacen en el arrendamiento pasan á los sucesores (artículo 1757), es incuestionable que al contratar la fianza, entendió el acreedor que, no obstante la muerte del arrendatario, la garantía persistía, accediendo á la obligación principal, y se obligó el fiador á seguir siéndolo, mientras esa obligación no se extinguiera;

Que en el presente caso existe todavía otra razón convincente, que lleva á la misma solución.—La solidaridad pactada convierte al fiador en un deudor solidario, cuyas obligaciones se rigen por las disposiciones del capítulo 2.º, título 2.º, parte I, Libro IV, Código Civil (artículo 2076), y es evidente que el deudor solidario no queda liberado por la muerte del codeudor;

Que para sostener la liberación del fiador no puede argumentarse eficazmente con que la muerte del arrendatario puso fin al contrato de arrendamiento por no tener término estipulado, porque no hay disposición ninguna en la ley civil que establezca que las obligaciones sin plazo se extinguen por el fallecimiento de la persona obligada y no pasan, en consecuencia, á los herederos;

Que por otra parte, la sentencia recurrida lleva á una solución antijurídica, porque si las obligaciones del arrendador no se modifican por la muerte del arrendatario, no sería justo privarle de la garantía de las contraprestaciones estipuladas, que debe suponerse lo decidió á contratar.

Y en mérito á lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,—

Por estos fundamentos:

Revócase la sentencia apelada confirmándose la de primera instancia, sin especial condenación en costas. Y devuélvase.

Montevideo, julio 2 de 1909.

Alfredo Furriel.

Declarada la compensación de una deuda en primera instancia, aunque luego se concurre el deudor, no podrá el Juez del concurso, en virtud del artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil, entender en esa cuestión ya resuelta, de lo contrario podría darse el caso de que un Juez de igual ó inferior categoría revocase lo resuelto por el Juez que conoció con anterioridad á la formación del concurso.

Por consiguiente, la cuestión sobre compensación, en caso de apelación, debe resolverse independientemente del concurso.

Así lo ha resuelto la Excm. Alta Corte de Justicia en el siguiente caso:

Doña M. P. de N. era acreedora de su coheredero don M. P. por la cantidad de dos mil y tantos pesos en la sucesión de M. C. de P. El bien de la sucesión es una propiedad en la calle 25 de Mayo núm. Se remata esta propiedad en 2,400 pesos, que corresponde por partes iguales á los dos herederos. Adquiere esa propiedad en remate la heredera doña M. P. de N. y pide se compense el precio que debe entregar, 1,700 pesos, con una parte de los siete mil y tantos pesos que á esta heredera le adeuda su coheredero. Esa compensación se declara en primera instancia por el Juez de lo Civil de 3.º turno. El coheredero apela para ante el Superior Tribunal de 1.º turno y se concursa ante el Juzgado Letrado Departamental. El Juez del concurso pide los autos sucesorios de M. C. de P. El Tribunal accede á ese pedido. La heredera M. P. de N. apela para ante la Excm. Alta Corte de Justicia, informando *in voce* su abogado el doctor José M.ª Reyes Delemaglia, en la siguiente forma:

INFORME «IN VOCE» ANTE LA ALTA CORTE

Excmo. Señor:

En estos autos sucesorios de M. C. de P. está evidenciado hasta la saciedad el propósito por parte de M. P., esposo de la causante, de privar á su hija, mi parte, doña M. P. de N., de su herencia materna.

Para realizar este despojo ha empleado M. P. todos los medios que la maldad y la mala fe pueden inspirar. Ante el peligro de operarse la prescripción trentenaria que extinguiría todo derecho de mi parte á su herencia materna, mi parte pidió su herencia á los 29 años de haber fallecido la causante de esta sucesión. M. P., padre de mi representada y cónyuge supérstite, no había hecho inventario de ninguna clase en ese largo lapso de tiempo. Se procedió, á pedido de mi parte, á la facción de inventario.

En ese inventario se incluyeron bienes por mandato de sentencias ejecutoriadas, contra la voluntad de P., que alegaba sobre esos bienes un derecho único y exclusivo.

En ese inventario además se rechazaron cuentas fraudulentas que P. quería hacer aparecer como debidas por la sucesión.

No contento con este doble fraude, el cónyuge supérstite empezó á vender todos los bienes que tenía á su nombre. Esas ventas constan de los certificados agregados á f. 123 y á f. 68 á 70. Estas ventas fueron hechas después de abierta esta sucesión y de pedir mi parte su herencia.

Vendió simuladamente á D. y M. P. la quinta del Paso de las Duranas.

Vendió simuladamente la propiedad calle 25 de Mayo núms.

Vendió las tres propiedades de la Playa Ramírez, y por último, vendió también simuladamente su mitad en la propiedad 25 de Mayo núm. Esta última venta fué declarada simulada por sentencias ejecutoriadas. Las ventas simuladas las hacía P. para privar á mi parte, á su hija, de su herencia. Declarada simulada y fraudulenta esta venta última, mi representada cobra una parte mínima de su herencia, pidiendo y obteniendo la compensación proporcional entre los dos créditos, el adeudado á mi parte por su herencia materna, y el de pesos 1,700, importe de la venta de la mitad de la propiedad de la referencia, comprada en remate público por mi parte. Esta compensación se verificó de pleno derecho, con anterioridad á la declaratoria de concurso, de que mi parte no tenía noticia de ninguna clase. Esta compensación verificada de pleno derecho fué declarada en sentencia de primera instancia, á fs. 86 y 87 de estos autos sucesorios.

Esta compensación contrariaba á M. P.; esta compensación, que permite á mi parte obtener una parte reducida de su herencia materna, iba contra los planes de absorción y de despojo madurados por P.; en ese estado, y guiado siempre de su afán de privar de su herencia á su hija, resuelve concursarse fraudulentamente, inventando deudas, pidiendo que se deje sin efecto la compensación declarada, para que su hija no cobre nada después de los gastos y esfuerzos que ha tenido que hacer para que se declarara judicialmente nula y simulada la escritura de venta realizada con fraude por P. Declarada la compensación en el Juzgado de lo Civil de 3.º turno como Juez de primera instancia, P. apela de la resolución que hace esa declaración y pasan estos autos al Superior Tribunal de Apelaciones. Estando estos autos en el Superior Tribunal de Apelaciones, se piden por el Juzgado donde ha sido fraudulentamente concursado P. El Superior Tribunal accede á ese pedido y mi parte reclama para ante la Excmo. Alta Corte de Justicia.

Este es el estado del asunto. La cuestión que se plantea es la siguiente:

¿Corresponde la remisión ordenada y apelada? De ninguna manera, Excmo. Señor, como fácil me será demostrarlo, según creo.

Si se remiten estos autos al Juzgado Letrado Departamental ¿qué situación se crea? Estudiando, aunque sea superficialmente, esta cuestión, se palpan en seguida las consecuencias que traería esa improcedente remisión. Hay en estos autos una sentencia que declara compensado el precio de la mitad de la casa 25 de Mayo núm. ..., con una parte proporcional de la herencia que se adeuda á mi parte, crédito privilegiado. ¿Podrá el Juez Letrado Departamental hacer caso omiso de esa sentencia?

No creo que ni el mismo contrario sea capaz de sostener este absurdo. Dictada una sentencia que favorece á mi parte, y apelada de contrario, no puede el mismo contrario impedir que siga el juicio su trámite regular

de apelación si no renuncia al recurso interpuesto. Esa renuncia, si la hiciera, dejaría firme la sentencia que declara la compensación y de la cual apelo.

No pudiendo hacer caso omiso el señor Juez Letrado Departamental de la sentencia dictada, ni de la apelación interpuesta de contrario, ni renunciando el contrario á dicho recurso, se presenta esta cuestión: ¿Podrá el Juez Letrado Departamental confirmar una sentencia dictada por el Juez de lo Civil en primera instancia? ¿Puede un Juez de categoría inferior revocar ó confirmar una sentencia dictada por un Juez de categoría superior? De ninguna manera, Excmo. Señor. Plantear la cuestión es resolverla.

Hay más. El artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil, dice: «Declarado el concurso, atrae á sí como juicio universal todas las reclamaciones pendientes contra el deudor por sus acreedores ante el mismo Juez ó ante otros Jueces. Hará cesar las ejecuciones que se estén siguiendo por acreedores que no sean hipotecarios ó preñarios, á no ser que éstos hayan percibido su privilegio». El fundamento de este artículo es que todos los acreedores cobren por igual, salvo los privilegios expresamente establecidos por la ley. Pero en este artículo, ni en ninguno de sus concordantes de ese cuerpo de leyes, se establece que una reclamación que tenga que iniciar el concursado ó que ya haya iniciada y esté fallada en primera instancia, deba acumularse á ese concurso. Eso no lo dice la ley procesal en ninguna de sus partes. Esa acumulación iría contra los procedimientos expresamente establecidos por la ritualidad de los juicios. Se prestaría á toda clase de abusos. Por ejemplo, una persona tiene que demandar á otra—por juicio reivindicatorio—que está domiciliada en el departamento de Artigas, sobre un campo del mismo departamento. Al reivindicante no le conviene trasladarse á ese departamento para iniciar su acción como lo manda la ley. Para burlarla, le bastaría concursarse en el departamento que se le antojara, en la Capital ó en otro cualquiera, y denunciar como bien suyo su derecho reivindicatorio y obligar al poseedor del departamento de Artigas, que está amparado por la ley procesal, á trasladarse á la Capital ó á otro departamento de más difícil conducción, á defender su derecho. Esto sería un absurdo. Absurdo idéntico es el que sostiene el contrario. El contrario es quien apeló de una resolución que declaró una compensación, él es quien gestiona, quien acciona, quien reclama. En esa gestión debe seguir los trámites regulares, y no los extraordinarios ó especiales que ninguna relación tienen en este caso.

Otro argumento también indestructible puede aducirse contra las pretensiones del contrario. Es el siguiente: Afirma el contrario que el concurso es un juicio universal. La sucesión también es un juicio universal.

Siendo estos autos, autos sucesorios, nos encontraríamos con un juicio universal frente á otro juicio universal.

¿De cuántas injusticias ha sido víctima mi parte en estos autos, Excmo. Señor! Pidió mi parte la interdicción de los bienes que estaban á nombre de P. y que en parte eran suyos, y esa justa interdicción se le negó judicialmente. Se mandaron pagar los intereses de los bienes correspondientes á mi parte, de acuerdo con las disposiciones legales que privan del usufructo al padre que no ha hecho inventario. Esta resolución que mandaba pagar los intereses de 29 años, quedó ejecutoriada. Se mandó hacer la liquidación por el Liquidador público José M. Canto. Este contador hace la liquidación de acuerdo con lo resuelto con autoridad de cosa juzgada. El de-

tentador reclama esa liquidación, y se manda judicialmente que se modifique, se declaren prescritos intereses reconocidos y mandados pagar por sentencias ejecutorias.

En estos autos, en este concurso que se invoca, no hay más que un propósito, el propósito de privar á una hija de su herencia materna.

Excmo. Señor: aquí no vengo como abogado abogante, sino que vengo como ciudadano de este país á denunciar las injusticias cometidas en estos autos y á pedir á la más alta y justa autoridad de mi país que evite la iniquidad y despojo que se quiere cometer una vez más contra mi parte.

Mi parte ha tenido que sostener difíciles y costosos pleitos para cobrar algo, aunque insignificante, de su cuantiosa herencia materna. Ha tenido que seguir un largo incidente sobre observaciones al inventario, como consta del expediente agregado; otro incidente sobre interdicción; otro incidente sobre liquidación de intereses. Otro pleito de tres instancias pidiendo la nulidad de la última escritura de venta simulada hecha por P. á nombre de A. D. Vencedora mi parte en este último pleito, porque se probó acabadamente el fraude con que procedieron comprador y vendedor, y habiéndose declarado judicialmente nula y fraudulenta esa escritura, se saca á remate público dicha propiedad; la compra mi parte. Se compensa de pleno derecho lo que debe entregar mi parte con una parte mínima de lo que á mi parte se le adeuda, y entonces M. P. se concursó. Al concursarse, está de manifiesto el propósito que ha concebido de privar á su hija de su herencia materna. Que ese concurso es simulado y fraudulento, queda demostrado, probado hasta la evidencia por la época en que se inicia, cuando se declaró nula la escritura de parte de la propiedad 25 de Mayo número ..., y ante el hecho elocuente de que P., que no debía nada á nadie, que era económico, era hombre de dinero como consta de los certificados de fs. 68 y 80, que hizo ventas por valor de más de veinte mil pesos, y que dada la valorización de los títulos de Bolsa en que convirtieron esos precios, constituyen hoy un capital mucho mayor.

¿Se quiere una prueba más de que el concurso es simulado? ¿Una prueba más acabada? De aquí de estos autos puede sacarse.

J. S. fué nombrado síndico del concurso fraguado por M. P. Pues bien: este mismo síndico ha sido testigo presentado por P. en estos mismos autos. A f. 328 del incidente sobre observaciones al inventario, fué presentado el señor J. S. como testigo por M. P. para que fuera interrogado al tenor de la séptima pregunta de f. 327 vta., que dice así: «Diga si sabe y le consta que don M. P. y su familia vivieron ocupando la parte baja de la casa situada en la calle 25 de Mayo número ... desde el fallecimiento de doña M. C. de P. hasta 1887, fecha en que se casó doña M. P. con don A. N.»

Esta pregunta hecha en 1902, se remonta á la fecha del fallecimiento de la causante de esta sucesión, ocurrido en 9 de enero de 1872 (partida de f. 1.°). El testigo S. al declarar dijo tener 30 años, y fué interrogado sobre hechos acaecidos hacia 30 años en la fecha en que declaraba, es decir cuando recién había nacido ó estaba por nacer!!

Este mismo testigo que es interrogado en la forma que dejo expuesta, es el síndico del pretendido concurso hecho por M. P.

Estos hechos no necesitan comentarios.

Después de lo expuesto, considero innecesario distraer por más tiempo la atención de la Excm. Alta Corte de

Justicia de sus múltiples ocupaciones, recordando hecho^s que resultan de estos autos. Cada escrito, cada página de este expediente es una prueba del despojo de que^a ha sido víctima mi parte. Ese concurso simulado no es más que la prueba de la persistencia de ese propósito deliberado de despojo.

Por lo expuesto, reproduciendo mis escritos anteriores, á V. E. pido se digne revocar la resolución que ordena la remisión de estos autos, declarando que debe resolverse previamente el incidente de este juicio sucesorio, que es juicio universal, sobre la compensación declarada en primera instancia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos: en relación estos autos de la sucesión de doña M. C. de P., venidos en apelación que doña M. P. de N. dedujo á f. 103 contra el auto de f. 101 vta., dictado por el Tribunal de Apelaciones de 1.º turno;

Considerando: Que la disposición del artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil no puede entenderse sino en el sentido de que el Juez del concurso es el único competente para resolver y atraer á sí todas las reclamaciones pendientes en primera instancia contra el deudor, pues de otra manera se daría el caso de que un Juez de igual ó inferior jerarquía podría deshacer ó revocar lo que estuviese ya resuelto por el Juez que había conocido con anterioridad á la formación del concurso, ó que quedase ejecutoriada una resolución apelada en tiempo y pendiente de estudio ante el Superior, como sucede en el presente caso;

Que siendo así, el Tribunal *a quo* debe pronunciarse en el recurso que tenía á su conocimiento por apelación otorgada f. 97 vta. antes de remitir los autos al Juez del concurso formado á don M. P.;

Considerando: Que la personería del síndico, como representante de los intereses de los acreedores, está autorizada por el artículo 1019 del Código de Procedimiento antes citado;

Atento lo dispuesto en el artículo 732 de ese mismo Código;

Se revoca el auto apelado, declarándose además que el síndico es parte en este incidente.

Devuélvase.

Montevideo, julio 17 de 1909.

Piera—Garxón—Cuñarro—Bastos—Jiménez de Aréchaga.

Resolución gubernativa

Competencia de los Secretarios de las Intendencias Municipales, para expedir los certificados de partidas del Registro del Estado Civil. — Intervención exclusiva de los Intendentes en los actos de escrituración al transmitirse bienes del Municipio y en los llamamientos á propuestas.

Ministerio del Interior.

Montevideo, julio 5 de 1909.

Visto: Que la Intendencia Municipal de San José consulta: 1.º Si corresponde al Secretario de la Junta ó al de

la Intendencia expedir los certificados de las actas del Registro de Estado Civil; 2.º Quién debe autorizar las escrituras de las propiedades que salgan del dominio municipal; y 3.º Si en los llamados á licitación debe intervenir solamente la Junta ó la Intendencia.—

Considerando: Que en cuanto al primero de los puntos consultados, corresponde al Secretario de la Intendencia autorizar los certificados que antes de la ley de fecha 18 de diciembre de 1908 eran expedidos por los Secretarios de las Juntas, pues dicha ley al establecer en su artículo 8.º inciso 16 la superintendencia del Intendente sobre los servicios municipales, excluyéndolos así de las funciones de Consejo deliberante que se ha reservado por dicha ley á las Juntas (artículo 13), ha derogado tácitamente el artículo 25 del decreto-ley de 11 de febrero de 1879, pues se trata de un servicio que debe ser prestado exclusivamente por las Intendencias, á quienes han pasado todos los archivos y existencias de las Juntas y Direcciones (decreto reglamentario de fecha 18 de enero de 1909, artículo 5.º) como ya tuvo oportunidad de manifestarlo el Ministerio, evacuando telegráficamente una consulta formulada por el señor Intendente de Colonia sobre el mismo punto; 2.º Que dada la conclusión precedente, es incontestable que la asignación que percibían los Secretarios de las Juntas por la expedición de los certificados mencionados forma parte del Tesoro Municipal, en virtud de la nueva organización de servicios establecida por la Ley de Intendencias, y que en consecuencia el Secretario de la Intendencia Municipal de la Capital no puede percibir para sí la asignación referida, pues en cuanto á los de campaña, por el artículo 11 de la ley 5 de julio de 1907 ya se había establecido que los emolumentos referidos forman parte de las rentas municipales; y 3.º Que en cuanto á los otros dos puntos consultados, tanto el otorgamiento de escrituras de salidas del dominio municipal, como los llamados á licitación para la realización de obras, son actos de exclusiva competencia de los Intendentes, por tratarse en ambos casos de aplicación ó ejecución de disposiciones vigentes ó resoluciones de la Junta, á quienes además representan aquéllos en la escrituración de terrenos (ley 10 de julio de 1903, artículo 7.º inciso 1.º, parte final; Ley de Intendencias, artículo 8.º inciso 11; decreto reglamentario de la Ley de Intendencias, artículo 12);

Por estos fundamentos, y de conformidad con la opinión del señor Fiscal de Gobierno de 1.º turno,

SE RESUELVE:

1.º Declarar que corresponde á los Secretarios de las Intendencias expedir los certificados de las actas del Registro de Estado Civil, debiendo la asignación que percibían los Secretarios de las Juntas Económico-Administrativas de conformidad con el decreto-ley de 3 de junio de 1879 (artículo 25), formar parte de las rentas municipales;—

2.º Que en cuanto á los otros dos puntos consultados por la Intendencia de San José, corresponde exclusivamente entender en ellos á los Intendentes; y

3.º Que se publique, inserte y circule.

WILLIMAN.
JOSÉ ESPALTER.

Sentencias del Presidente Magnaud 1

(Continuación)

Considerando, en efecto: que si hubiese sido éste el pensamiento verdadero de Z..., hubiera estrechado la galería manteniéndose á distancia igual de los dos puntos peligrosos señalados en los planos por el perito, y que por el contrario vemos que dicha galería en su parte ahora estrechada, está casi tocando uno de dichos peligrosos puntos, mientras que deja el segundo á muy larga distancia; que si se hubiese únicamente guiado por los cuidados de una explotación prudente, hubiérase mantenido á igual distancia de uno y otro de esos peligros

Que esto demuestra que el patrono Z... reconoce haber dado una excesiva anchura á la galería en que se produjo el accidente; que ha reducido el diámetro de la misma luego de haber ocurrido la desgracia, reconociendo así con sus propios actos su imprudencia;

Considerando, además: que el optimismo del perito, en lo que se refiere á la explotación de Z..., ha sido singularmente desmentido por los hechos, puesto que no tan sólo otros obreros recibieron daño en el mismo accidente, aunque con gravedad menor que D..., sino que el 6 de septiembre último, en la misma explotación, el obrero L... halló la muerte en condiciones idénticas á las que ocasionaron las heridas del demandante;

Que en otras explotaciones análogas que el mismo Z... tiene en esta región, se producen accidentes graves como el que este Tribunal ha sido llamado á examinar, cuando en las demás explotaciones de yeso que existen en el país no se ha producido uno solo;

Considerando que Z... no ha tenido al parecer hasta hoy, más regla de conducta que explotar sus minas por procedimientos nada escrupulosos y sin preocuparse para nada de la vida de sus obreros, cuyo salario no obstante está muy lejos de ser remunerador;

Considerando, además, que el patrono Z..., aun sin ser culpable de descuido ó imprudencia con respecto al accidente que inutilizó á D..., es incontestable que, según el Código Civil, le debe una indemnización para subvenir á las primeras necesidades de la existencia;

Considerando, en efecto: que el alquiler de trabajo es un convenio como cualquier otro, y que supone la condición tácita de que el patrono acudirá en socorro de aquel cuyo trabajo alquila, si un accidente cualquiera, aunque sea fortuito, le ocurre en el curso de su trabajo, á menos que no resulte de la propia imprudencia del obrero ó bien se deba á un caso de fuerza mayor;

Que para que el artículo 1135 del Código Civil sea aplicable no es necesario que el convenio se haya hecho por escrito, bastando que dichas condiciones resulten tácitamente del espíritu mismo del contrato, pues ellas obligan, dice el legislador, no tan sólo á lo que se expresa en él, sino también á todas las consecuencias que la equidad, el uso ó la ley han dado á la obligación según su naturaleza;

Considerando que la palabra equidad se halla tan raramente en el Código, en el cual está con frecuencia en

lucha con el *Derecho*, ante el que sucumbe casi siempre, es deber del Juez no dejarla escapar cuando se presenta y hacer entonces de ella uso adecuado en la más amplia medida posible;

Que es evidente que la más elemental equidad impone á aquel que vive y se enriquece con el trabajo del obrero, sin exponer nunca otra cosa más que sus capitales, asegurar á éste y á su familia, de la cual es el único sostén, los medios de evitar la miseria cuando es víctima de un accidente del trabajo, aun sobrevenido fortuitamente;

Que por lo que respecta á D..., esa indemnización es tanto más justa por cuanto el accidente de que ha sido víctima se produjo después de votada la ley de 9 de abril de 1898 sobre esta clase de accidentes, aunque con anterioridad á su lentísima promulgación;

Considerando, en consecuencia, que por aplicación del artículo 1383 del Código Civil, ó bien del artículo 1135 combinado con el 1156, D... tiene derecho á una indemnización que el Tribunal posee elementos bastantes para determinar;

Considerando: que el informe del médico perito demuestra que la pérdida de la pierna derecha y la doble fractura de la izquierda, han de imposibilitar á D... el andar sin muletas y que será incapaz para el más insignificante trabajo en que se necesite disponer de los miembros inferiores;

Que en tales condiciones, D... no podrá dedicarse á ningún trabajo suficientemente productivo; que era el único sostén de su familia, compuesta de tres hijos, el mayor de los cuales tiene once años únicamente;

Considerando: que, aunque no le es aplicable la ley de 9 de abril de 1898, puede sin embargo la misma ser tomada como base para fijar la renta vitalicia que ha de serle concedida por la presente sentencia;

Considerando: que su salario anual era de 1,400 francos, que según dicha ley tiene derecho á una renta igual á las dos terceras partes del salario, esto es, á 933.30 francos; que en caso de muerte recae esta renta en su mujer y en sus hijos, por partes iguales hasta su mayor edad ó su matrimonio;

Considerando: que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el día del accidente hasta hoy, se debe á D... la renta á que tiene derecho, importando la suma de 1,500 francos;

Por estos motivos:

Condena al patrono Z... á pagar á D... una renta anual de 933.30 francos, reversible en caso de muerte á su mujer y á sus hijos, por partes iguales y hasta su mayoría ó casamiento;

Además le condena al pago de una suma de 1,500 francos por el período transcurrido desde que se produjo el accidente;

Y al pago de todas las costas.

Jurisprudencia extranjera

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan, por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato.

Publicamos á continuación las sentencias que se han dictado por los Tribunales bonaerenses, en la importante

cuestión suscitada sobre la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado entre un asociado á la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» y esta institución.

Como podrá verse, la solución que se le ha dado á esta cuestión lo ha sido en el mismo sentido que informa la sentencia dictada en esta Capital en un conflicto análogo, por el Juzgado de Comercio de 2.º turno,—y cuyos antecedentes publicó LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN en el número anterior, páginas 330 y siguientes.

Por la importancia que ofrece el punto y por venir á confirmar la jurisprudencia seguida por nuestros Juzgados, con gran acopio de fundamentos,—es realmente interesante la lectura de esta cuestión.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos para fallar en definitiva los presentes autos, de los cuales resulta:

1.º A f. 10 el procurador don Florencio Calzada, invocando la representación de doña Rosa Guaimonti de Bixio, se presenta al Juzgado exponiendo:

Que su mandante ha celebrado un contrato de renta vitalicia con la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», por el cual mediante la entrega de un capital de 843 pesos m/a la Compañía se obliga al pago de una pensión que no puede exceder de 2,000 pesos m/a, ni ser inferior á pesos 421.50 m/a;

Que habiendo verificado el pago de las cuotas por adelantado, su mandante ha sido reconocida en el carácter de socio benemérito, habiéndole entregado la Compañía una libreta en la cual constan algunos de los pormenores del contrato, encerrándose el resto de las cláusulas de los estatutos mismos en las explicaciones que sirven de complemento á dichos estatutos y en un Boletín que la sociedad edita mensualmente y de todas las cuales hace una detallada relación;

Que de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1217, 1218 y 2105, el contrato que ha celebrado su instituyente, debe ser extendido en escritura pública;

Que en mérito de estos antecedentes entabla formal demanda contra la expresada Compañía á fin de que en oportunidad de declarar:

- a) Que el contrato de renta vitalicia de que ha hecho mención debe ser reducido á escritura pública;
- b) Que en la escritura debe constar que el derecho de su mandante consiste en obtener una pensión máxima de 2,000 pesos al contar del undécimo año en que entregó el capital, ó una pensión inferior á esa suma, según sea el reparto de intereses anuales que produzca el capital inamovable ó una pensión mínima equivalente al 50 % del capital desembolsado;
- c) Que en dicha escritura debe constar cuál es la garantía que se otorga, la cual no puede ser otra que una hipoteca proporcional al capital desembolsado por su mandante constituida sobre los capitales inamovibles;
- d) Que si la sociedad demandada no consiente en otorgar la escritura, sea condenada á restituir el capital desembolsado, con intereses desde el día de la demanda;
- e) Que se declare nulo y sin valor el artículo 74 de los Estatutos que prohíbe la enajenación ó cesión de las pensiones;
- f) Que ordene el Juzgado, para el caso de la escritura, que los descuentos de que se trata en el artículo 75 de los Estatutos se han de efectuar mediante la aplicación de tablas matemáticas consentidas por la práctica y la experiencia, y finalmente pide que se confiera traslado de la presente demanda á la sociedad anónima

«Caja Internacional Mutua de Pensiones», notificándosele en forma y se le condene al pago de las costas.

2.º El señor Carlos de la Villa, en representación de la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», á f. 49 contesta á la demanda pidiendo se rechace con costas.

Que en 1.º de marzo del presente año, la señora Bixio ocurrió á la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», abonando pesos 461.80 m/n para completar el íntegro importe del decenio... y de las oficinas de la Caja pasó á los Tribunales á entablar demanda porque ese contrato era nulo; que este proceder es sospechoso y no se explica su móvil;

Que la actora solicita la reducción á escritura pública del contrato celebrado con la Caja Internacional, que es requisito esencial para su validez;

Que esta nulidad no puede ser alegada por ella, porque ha ejecutado el acto sabiendo el vicio que lo invalida (artículo 1081 del Código Civil);

Que siendo así, no puede pedir el perfeccionamiento de un contrato absolutamente nulo;

Que la relación de derecho entre la actora y su principal, no es un contrato oneroso de renta vitalicia, ni es siquiera un contrato;

Que la Caja Internacional, como persona jurídica, se gobierna por sus estatutos, ha sido creada con fines determinados, y los que allí ingresan en su carácter en socios, al ingresar no celebran un contrato;

Hace un estudio minucioso refutando las peticiones del actor y concluye solicitando se le tenga por contestada la demanda y su rechazo con especial condenación en costas.

Abierta la causa á prueba, se produjo la que informa el certificado del actuario de f. 77, y agregados los alegatos presentados á f. 78 y 94 se llamó autos para sentencia.

Y Considerando:

1.º Que analizados los caracteres del acto jurídico celebrado entre la parte actora y la sociedad demandada, se llega á la conclusión de que él reuna todos los elementos que caracterizan el contrato oneroso de renta vitalicia, legislado por las disposiciones contenidas en el título XII, libro II del Código Civil, á saber: obligación de la parte demandante de abonar una suma determinada de dinero y deber correlativo de la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» de pagarle una renta anual, vitalicia, determinable de acuerdo con las estipulaciones respectivas de los estatutos sociales;

2.º Que no bastan, á juicio del infrascripto, para desnaturalizar el verdadero carácter del acto, las modificaciones que la Sociedad demandada ha introducido dentro de la economía general de la renta vitalicia por intermedio de las cláusulas de sus estatutos, siendo en consecuencia insuficiente esa circunstancia para establecer que las relaciones jurídicas que vinculan á las partes litigantes, emergen de un contrato innominado;

3.º Que en efecto, las disposiciones de los estatutos, invocadas para demostrar que el acto jurídico que ha dado origen á la presente controversia, no puede calificarse como contrato de renta vitalicia, no se refieren en manera alguna á la naturaleza del mismo, no afectan en lo más mínimo su sustancia; manteniéndose en toda su integridad los caracteres propios que se perfilan y se incluyen dentro de una categoría de actos, directamente prescriptos por la ley;

4.º Que admitir que simples modificaciones introducidas por los contrayentes, á las disposiciones contenidas en la ley, respecto de contratos que legisla especialmen-

te, importa variar sustancialmente la naturaleza del convenio, atribuyéndole el carácter de innominado, equivaldría á autorizar la eficacia de estipulaciones prohibidas dentro de determinadas especies de contratos, los cuales podrían ser establecidos por los interesados, al amparo de la libertad de contratar que no reconoce otras limitaciones que las que han sido creadas por el legislador, órgano de la voluntad general;

5.º Que las convenciones de las partes no pueden tener otro alcance que modificar los términos de las leyes sin alterar la naturaleza del acto de acuerdo con las conveniencias recíprocas, haciendo uso de la facultad que se desprende del artículo 21 del Código Civil y dentro de los límites que señala la misma disposición;

6.º Que de acuerdo con los principios que preceden es indiscutible que el contrato de renta vitalicia celebrado por actor y demandado debe ser extendido en escritura pública, (artículo 2071 del Código Civil) sin que importen un óbice para la aplicación del citado precepto, las cláusulas de los estatutos que no pueden dejarlo sin efecto, en atención á los términos de la disposición, y porque las leyes que se refieren á la forma de los actos, tienen el carácter de leyes de orden público;

7.º Que la escritura pública á que se ha hecho referencia en el Considerando que precede, debe sujetarse estrictamente á las condiciones establecidas en los estatutos sociales (artículo 40 del Código Civil), sin que los ofrecimientos contenidos en las «explicaciones» puedan modificar en cuanto se refiere al alcance y distribución de las pensiones, las disposiciones del pacto constitutivo (artículo 112 de los Estatutos y 354 del Código de Comercio);

8.º Que el derecho de la parte actora para exigir la escrituración, no puede ser desconocido en presencia de la declaración categórica que contiene el artículo 1185 del Código Civil, que se lo acuerda expresamente, salvo el único caso de que las partes hubieran establecido en el instrumento particular, que el contrato no valdría sin escritura pública;

9.º Que la petición formulada en el escrito de demanda, tendiente á obtener que la Caja Internacional otorgue á la actora una hipoteca proporcional la Capital que ha desembolsado, sobre los bienes declarados inmoviliables, carecen en absoluto de fundamento, porque el deudor sólo está obligado á dar las seguridades que hubiere prometido (artículo 2080 del Código Civil) y es indudable que el demandado no se encuentra en esta situación porque no ha ofrecido la medida de seguridad que se solicita, por ninguna de las cláusulas de sus estatutos, de acuerdo con cuyas conclusiones contrató libremente la parte demandante sometiendo á ellas la extensión de sus derechos (artículo 40 y 1197 del Código Civil);

10. Que estos principios no pueden ser alterados, aún admitiendo hipotéticamente que las bases de la sociedad, hagan aleatorio el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido, porque esa circunstancia,—cuya exactitud no puede ser admitida *prima facie*, porque la personería jurídica que le concedió el Poder Administrador, demuestra que tiene por objeto principal el bien común,—debió ser tenida en cuenta por la actora para abstenerse de realizar el contrato, pero no puede invocarlo para alterar las condiciones del mismo pactadas por los contratantes con entera libertad;

11. Que es igualmente improcedente la resolución que se solicita en el sexto peticitorio del escrito de f. 10, ya porque ella importa una simple declaración teórica, ya porque la oportunidad para defenderse, se ofrecerá á la actora el día en que sean desconocidos sus derechos ó

perjudicados sus intereses, de lo cual sólo existe por el momento y según propia manifestación de la interesada, temores más ó menos fundados en su concepto;

12. Que corresponde resolver acerca de la procedencia del pedido de nulidad de la cláusula que desconoce toda enajenación ó cesión de las pensiones, cuyo alcance legal debe ser juzgado en la presente oportunidad, no obstante la oposición del demandado, porque ella importa una limitación de facultades que establece desde ya trabas efectivas é indudables á la acción de una de las partes contratantes;

13. Que la solución de la controversia planteada, es una mera consecuencia de las conclusiones que ha establecido el Juzgado al ocuparse de la cuestión principal discutida en estos autos, pues tratándose de un contrato de renta vitalicia, el caso se resuelve con la sola aplicación del artículo 2075 del Código Civil que ha declarado expresamente nula «toda cláusula de no poder el acreedor enajenar su derecho á percibir la renta»;

14. Considerando finalmente: que la petición formulada en el párrafo 4 del escrito de demanda, tendiente á que se declare que en caso de resistencia de la Caja á otorgar la escritura pública del contrato, la obligación se resolverá en pago de perjuicios é intereses, es perfectamente ajustada á derecho, encuadrando dentro de la disposición de los artículos 629 y 630 del Código Civil;

Por estos fundamentos y concordantes del ilustrado escrito de f. 78 que en nada modifica el análisis de la prueba, fallo declarando nula la cláusula 74 de los Estatutos y condenando á la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» á otorgar dentro del plazo de diez días la escritura pública del contrato de renta vitalicia celebrado con doña Rosa Guaimonti de Bixio, de conformidad con las condiciones establecidas en los Estatutos sociales, bajo pena de resolverse la obligación en pago de perjuicios é intereses y absolviéndole del resto de la demanda sin costas, en atención al resultado de la controversia.

Repóngase el papel.

Angel M. Casares.

Ante mí,

Germán C. Ramírez.

Buenos Aires, julio 4 de 1907.

ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Excmo. Cámara de lo Comercial:

Federico de la Villa, por la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», en la demanda que le tiene promovida doña Rosa Guaimonti de Bixio, ante V. E. parezco y respetuosamente digo:

Que dentro de término vengo á expresar los agravios que la sentencia del Inferior causa á mi parte, y, en atención á las consideraciones que expondré, la rectitud de V. E. se ha de dignar pronunciarse en definitiva de conformidad con el petitorio de este escrito.

I

En dos grandes grupos pueden dividirse las cuestiones planteadas por la actora en su escrito de demanda.

El primero, y al que más importancia le dió, se refiere á las bases en que reposa la Caja Internacional, su constitución, fines que persigue y medios que emplea para obtenerlos.

El segundo, á la naturaleza del contrato que celebran los suscriptores al ingresar á la Caja.

Al contestar la demanda y dando cumplimiento á lo estatuido por la ley procesal (artículo 100), rectifiqué las aseveraciones falsas hechas por el contrario, poniendo las cosas en su lugar.

Advertí, desde el primer momento, que estos puntos, los del primer grupo, no podían ser materia de resolución, que los Jueces no son profesores de Derecho, ni un tribunal, lugar apropiado para polémicas, y que reconocida la Caja como persona jurídica y funcionando como sociedad anónima con su carta orgánica aprobada, no puede un Juez disolverla so pretexto de que, á su juicio, ha sido creada con un objeto no conveniente al pueblo, y por ello, agregaba más adelante al alegar de bien probado, nuestro Código de Comercio (artículo 370) enumera taxativamente los únicos casos en que ella dejará de existir.

Y aun cuando el Código de Procedimientos no mandase «confesar ó negar categóricamente los hechos establecidos en la demanda», me hubiese ocupado de ellos por el respeto que merece la justicia del país y las personas que la sirven, amén de que así lo exigía el prestigio de la Institución y el buen nombre de los señores que están al frente de ella, atacados tan dolorosa é injustamente.

Y por haber cumplido con un deber elemental la actora, en su alegato (el Inferior lo cita como uno de los fundamentos de la sentencia), me ridiculiza y sin tener cómo destruir mi exposición, cambia los papeles y dice ser todo esto secundario, sin importancia en el pleito, lo que no obsta para que en otra parte de ese memorial vuelva sobre lo mismo, y siempre tergiversando los hechos y con un desconocimiento palmario de lo que estaba obligado á conocer para juzgar, emita juicios durísimos.

En el capítulo XVII de ese discurso, fojas 92, se ocupa de esta faz del asunto, obligándome así á que yo también distraiga la atención de V. E. y le dedique un párrafo para demostrar que la Caja Internacional no es como la pintan, alimentando la esperanza de que esto sirva para que V. E. se compenetre bien de quiénes son los que pleitean.

II

Contemplada la sentencia en su conjunto, nótase que ella se resiente de falta de estudio, y el menos perspicaz descubre haber sido dictada con una precipitación no acostumbrada en el joven é ilustrado Juez que la suscribe y que tan merecidamente goza de los respetos que soy el primero en tributarle.

Con el ojo puesto en simples y secundarias semejanzas,—los actos jurídicos más diversos en algo se parecen,—dejó de ver diferencias profundas, radicales y características,—confundió cosas inconfundibles,—el contrato oneroso de renta vitalicia con los derechos que acuerda el ingreso á una sociedad de socorros mutuos, y así trabajado por un concepto falso, y que lo formó en un minuto, prescindió de todo para ir derechamente al error á que, por fuerza, le conducía, el punto de partida del cual arrancó; prescindió de todo, olvidando, Excmo. Cámara, de pronunciarse sobre uno de los tópicos de la *litis contestatio*, y haciendo de ese modo que su sentencia naciera con el pecado original de nulidad.

Sostuvo la actora, por ejemplo, en su escrito de demanda (capítulo IV, fs. 13 y 13 vuelta), que la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no publica sus ba-

lances, y los suscriptores ignoran cuál es su verdadero estado comercial y compromisos que contrae en el país, ó fuera de él, de modo á poder tener confianza en las condiciones del contrato y en la inversión que se llama el capital inamovible.

«El *Boletín*, órgano de la Sociedad, aparece de mes en mes. Su principal información es de propaganda. Los estados que inserta, abultados en cifras, revelan progresos contradictorios».

Contesto la demanda, y muy especialmente á fojas 54, capítulo VII, niego categóricamente tamañas aseveraciones, que envolvían una calumnia.

Y sin corresponderme la prueba, escribí en esa oportunidad—he de demostrar,—demostré en la secuela del pleito,—que la Caja publica sus balances y que ellos son verdaderos, como verdaderos son los estados que publica el *Boletín*.

La actora guardó el más profundo silencio cuando le correspondía hablar y evidenciar sus afirmaciones, y el señor Juez pasa por alto punto tan capital.

¿Le habrá dado crédito á la litigante que, en su alegato de bien probado (f. 79, letra h), le cuenta no haberle prestado mayor importancia legal al hecho, cumpliendo simplemente con el deber de denunciar ciertos procedimientos reñidos con la estricta moral?

¿No ha notado, por ventura, que no le da importancia al hecho—imputación calumniosa,—cuando la prueba pone al descubierto la falsedad?

¿No habrá notado que él no tiene jurisdicción ni competencia para recibir denuncias de esta especie?

El Código Penal, ley de reformas, artículo 23, inciso 16, establece que comete delito de estafa «el director, administrador ó síndico de una sociedad anónima ó cooperativa ó de otro establecimiento mercantil que publica-se un estado ó balance falso é incompleto». Y es reo del delito de calumnia el que afirma y no prueba—como afirmó y no probó la actora,—que la Caja Internacional publica balances falsos (artículo 177 del Código Penal). Y así lo hubiese declarado el señor Juez del Crimen, al instaurarse la querrela correspondiente.

Doña Rosa Guaimonti de Bixio no hizo una denuncia, que por cierto hubiese sido desahellada. No, invocó hechos, sobre esos hechos se trabó la litis, y por esto el señor Juez *a quo* estaba en el deber de pronunciarse.

La sentencia (artículo 237 del Código de Procedimientos y la jurisprudencia interpretativa de V. E., tomo 19, página 42, tomo 32, página 306, tomo 33, página 405), debe contener decisión positiva y precisa sobre las cuestiones deducidas en la demanda, sobre todas las cuestiones, aún cuando con ulterioridad no hayan sido todas ellas materia de discusión—en el *sub judice* fué ésta, materia de discusión y de prueba, y cuando se omite un pronunciamiento, como en el presente, la sentencia es nula.

No se arguya que ninguna petición versa alrededor de este hecho, porque yo contestaría que las peticiones son un resultado de los hechos expuestos y del derecho aplicable, y en todo caso que la ley quiere, por motivos atendibilísimos, que los magistrados fallen sobre todos los hechos articulados, y este es uno de ellos, como lo verificará Vuestra Excelencia.

Si al contestar la demanda guardo silencio, el Juez los tiene por verídicos,—confesión ficta;—pero hete aquí que los niego, y por ello se abre la causa á prueba. La ofrezco y rindo, el señor Juez la recibe, y en la sentencia, ni óste ni moste, cuando debió proclamar que la actora no probó que la Caja deja de publicar sus balances y, en cambio, ella demostró lo contrario, cuando debió

proclamar que la actora, ni siquiera intentó probar que esos balances eran falsos, y los estados que publica el *Boletín* abultados en cifras.

No tiene otra explicación falta tan grave del dignísimo magistrado, que una precipitación imperdonable, que lo condujo á pronunciar un fallo nulo, en el que no se analizan todos los elementos que debieron ser materia de un estudio concienzudo.

¿Por qué no interpuso el recurso de nulidad? La sentencia del señor Juez *a quo* y de la cual me quejo, que tanto perjudica á los suscriptores de la Caja, ha sido tomada como un arma de combate, dándosele alcances muy distintos de los que tiene, y creándole una situación que debe despejar sin pérdida de tiempo. Y este propósito no se vería cumplido, promoviendo un incidente de nulidad, sin contar con que, en definitiva, V. E. será, hoy ó mañana, quien le dé la razón que cree tener.

Y el por qué no acusé por calumnia el escrito de demanda, lo sabrá V. E. más adelante, cuando trate de lo que la contraparte llama *la fax moral* del pleito.

III

La sentencia recurrida, hace lugar á la demanda en las siguientes partes:

Primera.—Que doña Rosa Guaimonti de Bixio, por haber ingresado como suscriptora á la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», ha celebrado un contrato oneroso de renta vitalicia.

Segunda.—Que él debe ser extendido en escritura pública, de conformidad al artículo 2071 del Código Civil.

Tercera.—Que también es una consecuencia de la naturaleza del contrato, la facultad de la actora, de enajenar sus derechos á percibir la renta y, por ende, que es nulo el artículo 74 de los estatutos.

Cuarta.—Que si la Caja se resiste á extender la escritura pública, debe resolverse la obligación en pago de perjuicios é intereses.

IV

Si, pues, entonces consiguiese demostrar, como espero, que en el ingreso de una persona como suscriptor á la Caja Internacional no hay ni puede haber contrato oneroso de renta vitalicia, habré destruído el pedestal de la sentencia, y ella se vendrá al suelo.

V

La claridad que deseo tenga este discurso, el plan que me he trazado para desdoblir las ideas que lo informan, me ponen en el caso de disertar, con toda brevedad y concisión, sobre la mutualidad y la legislación que gobierna la materia en nuestro país.

En este apartado de mi discurso, tendrán asidero, le servirán en cierto modo como de premisas á muchas de las conclusiones á que llegue.

La mutualidad, palabra que ha tomado carta de ciudadanía en la ciencia, en la legislación y en la lengua, es de una acepción latísima, y, por eso, generalmente, los tratadistas no la definen, limitándose á dar una idea general de ella. («Les Sociétés de Secours Mutuels».—E. Dedé).

Suele distinguírsela de la asistencia, y caracterizarla, con su elemento primordial: es esencialmente preventiva.

La palabra *mutualidad*, ha escrito Claude Mayen,—«Les Sociétés de Secours Mutuels», es bastante clara

para que haya necesidad de detenerse á definirla. Se comprende inmediatamente que el término designa asociaciones destinadas á emplear fondos ó recursos puestos en común para el alivio de males que pueden turbar la vida de sus miembros.

Las sociedades de socorros mutuos no la abarcan por completo; son, como dice Dadé, simples efectos de los diversos elementos de ella; son, sin embargo, las más merecedoras á la bella denominación.

La República Argentina, como muchos países, carece de legislación mutualista, lo que no es de extrañarse, porque si bien es cierto que la *legislación social* empieza á aparecer en Alemania con el mensaje elevado por el príncipe Bismark, en 1881, también lo es como observaba Bourgeois, y después de él tantos otros han repetido, que la legislación verdadera sobre mutualidad vino recién muchos años después, y aun en naciones viejas y constituidas está en su principio.

El doctor Vélez Sarsfield, autor de nuestro Código Civil, concordante con las ideas de su época, en materia codificada, no las reputó sociedades; no podían ser dentro del concepto que informó al Código, y en la nota con que ilustra el artículo 1682, se expresaba así: «Lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar á los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues que no hay entre los asociados división de beneficios».

El Código de Comercio, y no obstante haber sido reformado el 90, apenas si dedica algunos artículos á las sociedades cooperativas.

No han sido excluidas, cierto es, y no podían serlo porque nuestra Constitución Nacional consagra entre los derechos y garantías el de asociarse con fines útiles, pero también no han sido legisladas y mal podían serlo cuando no se sospechaba de su existencia, cuando los códigos, como el francés, por ejemplo, miraban con recelo y obstruían el espíritu de asociación, código que tanta influencia ha tenido sobre el nuestro, á punto tal que, al reputar á las sociedades anónimas como personas jurídicas, tomando el principio de Freitas, quien cien veces había vacilado antes de consagrarlo en su Proyecto (artículo 276), no hizo otra cosa que seguir la tendencia del código de Napoleón y de su tiempo.

No se conocen en la República sino decretos del Poder Ejecutivo sobre inspección de sociedades anónimas alguno de ellos impugnado de inconstitucionalidad. No hace un año, como recordaba en el escrito de contestación á la demanda, que los señores diputados nacionales Correa, Oliver, y O'Farrell, presentaron un proyecto sobre algunas clases de sociedades mutualistas, entre ellas las de seguros, de pensión, y aun no ha sido despachado.

Nuestro Código Civil es eminentemente individualista, no ha legislado, no ha previsto siquiera la infinidad de hechos de la vida y de formas que podían asumir las convenciones, que tuviesen el origen natural que tiene esta institución,—la sociedad de socorros mutuos,—que, como decía M. Clementel, diputado francés, en 1904 y citado por Dadé, «ella no es una creación abstracta del legislador, sino una institución nacida espontáneamente del estado social, una institución producida por las circunstancias y las necesidades.»

El ex ministro de justicia, eminente jurisconsulto, seriamente estudioso, una de las personalidades más notables con que cuenta la República, el doctor Joaquín V. González, en una parte (capítulo III) de la exposición de motivos que acompañó á su célebre proyecto sobre la ley de trabajo, decía:

«Es digno de notarse el distinto modo como han soportado la prueba del tiempo nuestros dos más célebres monumentos legales—la Constitución y el Código Civil,—respecto á las cuestiones antes expuestas, pues mientras la una sostiene y ofrece aún abiertos sus amplios moldes al advenimiento de las ideas y doctrinas sociales y políticas más nuevas, el otro presenta en diversas partes de su inmensa fábrica, secciones muertas, paralizadas. Dentro de la Constitución caben y encuentran cómoda ubicación y expansión los más amplios vuelos del pensamiento moderno y las más inesperadas formas de la sociabilidad y el trabajo del hombre, mientras que el Código Civil, unas veces por exceso de teorización y otras por exceso de detalles, *infinidad de hechos de la vida y de formas que asumen las convenciones*, encuentran en él un cauce, una expresión, un ajuste propio y exacto».

VI

¿Qué es la «Caja Internacional Mutua de Pensiones»? Una sociedad de socorros mutuos (artículo 1.º de la ley francesa, de 1.º de abril de 1898).

Todos los que estudian esta materia (Dadé, Mayen, ya citados, Lépine, «La Mutualité», etc., etc.) todos ponen como ejemplo de sociedad de socorros mutuos una institución que tuviese como fin el de la Caja Internacional, y como sociedad de socorros mutuos ha sido reputada «Les Prévoyants de l'Avenir», en la cual fué calcada la Caja, con reformas convenientísimas; todas las legislaciones, no sólo la francesa, sino la belga, la italiana, etc., consideran esta clase de sociedades como de socorros mutuos, y si alguna prohíbe que se den pensiones, es porque, teniendo una caja nacional de retiro, los particulares vendrían á hacerle concurrencia.

El elemento accionista que entra en juego—después explicaré el por qué,—no destruye el carácter de sociedad de socorros mutuos.

¿Es posible, será posible que una sociedad con bases distintas, elementos diversos y fines también diversos á los que persiguen las partes que contratan dentro de nuestro Código Civil, estén regidas por las leyes que reglamentan esos contratos?

¿Será posible que la Caja Internacional no haya hecho otra cosa que adquirir personalidad para celebrar el vetusto contrato de renta vitalicia?

Cuando el procurador general de la Nación, doctor Sabiniano Kier, informaba tratarse de una asociación de ventajas positivas para el individuo asociado que influye á su vez en el bienestar general, cuando decía basarse ella, la Caja, en propósitos de conveniencia general, conduciendo á la economía y al ahorro en garantía de la subsistencia en el porvenir, se había olvidado que teníamos, tiempo ha, el contrato de renta vitalicia...

Pero apresurémonos á decir, Excmo. Cámara, que los actos, que los fines para que ha sido creada la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», son de aquellos—para emplear los términos del doctor González,—que no tienen en el Código Civil un cauce, una expresión, un ajuste propio y exacto, porque es una de esas formas inesperadas de la sociabilidad y del trabajo del hombre; y que el doctor Sabiniano Kier, y con él muchos otros, cuando saludaban con aplausos la aparición de la Caja, en nuestro país como una institución nueva, con bases distintas á las conocidas, no estaban equivocados.

Quien está en un error es el señor Juez a quo, á quien le ha sucedido lo que, como decía el señor Belisario J. Monteros, les acontece á muchos, «que en vez de tomar

la época en que vivimos como un punto de tránsito, como algo pasajero en la marcha de las cosas, la consideramos como un punto fijo y definitivo de la evolución humana. Es de este miraje, que nace la idea conservadora, en virtud de la cual estimamos que las tendencias típicas de la ciencia, de la raza, de las artes, de la política, de las industrias, de las diversas formas de la existencia en el momento presente, son las únicas características y definitivas, y así lo han considerado en su caso todas las generaciones pasadas. Por natural sentimiento de conservación, queremos ser lo que queda, lo estable, lo necesario en la marcha de la historia. Nos creemos en la cumbre, sin pensar que mañana descubriremos otros horizontes y otros ideales».

«Como resultado, nuestra legislación, en vez de ser formulada con un criterio preventivo á fin de preparar el porvenir social, se limita á reglamentar lo existente, á cristalizar lo que ya ha sido impuesto por la costumbre, á no reconocer oportunamente las reivindicaciones, y á no corregir los errores sino cuando la evolución se detiene oprimida para convertirse de improvisto en revolución».

Cuando todo el mundo, Excmo. Señor, sabe, cuando para todo el mundo no es una novedad, que esta clase de sociedades,—de socorros mutuos,—desarrollan actividades desconocidas hasta ayer, cuando para nadie es un misterio que escapan á lo estatuido por las viejas legislaciones, y por ello, escritores, filósofos, legisladores, trabajan por favorecer el desarrollo de las mismas, y casi improvisando, dictan leyes adecuadas, el señor Juez *a quo*, con la cabeza vuelta para atrás, abre el Código Civil y, asómbrese, Excmo. Cámara, encuadra, mete en el añejo contrato de renta vitalicia, por simples parecidos, tan insignificantes, que ni siquiera parecen ser parientes lejanos, los actos de una sociedad de socorros mutuos!!

VII

Ya sea que remonten las raíces del contrato de renta vitalicia á Roma, como piensa Baudry-Lacantinerie y Albert Wahl («Des contrats aléatoires», 173) ó, como dice Troplong, encontrándose razón á Heineccius, que fuese él enteramente desconocido de los romanos («Des contrats aléatoires», 204), el hecho es que en este contrato entra por todo y para todo el elemento individual, y para nada la mutualidad, y que así ha sido, será y continuará siendo, bajo pena de desnaturalizarlo.

Aparece este contrato según Dalloz («Rente Viagère», Capítulo I), en los primeros siglos de la monarquía francesa, y discutida su legitimidad en la edad media, que veían en él, las leyes eclesiásticas, algo de usura y de juego, pasa y se incorpora al Código de Napoleón, en donde el nuestro principalmente se inspiró.

Las legislaciones que le dedican un capítulo, inclusive la nuestra, no han podido ver este contrato sino desde el único punto de mira en que él aparecía, y con los únicos elementos con que él se formaba.

El particular, dando á una iglesia ó á un monasterio un inmueble ó un capital en dinero, y recibiendo en cambio, una renta superior á lo que el fundo ó el dinero producía, á fin de compensar la diferencia que resultaba entre el valor de la tierra ó el monto del dinero, porque pasando el inmueble ó el dinero á ser propiedad exclusiva de la iglesia ó el monasterio y no debiendo recibir la pensión sino mientras viviese, calculábase que lo primero representaba un valor superior á las anualidades á percibir; esto, que acontecía en los primeros siglos de la monarquía francesa y que, según Dalloz (lugar citado), es el origen del contrato, precisamente es lo que acontece

hoy, con la diferencia insensible para nosotros, para nuestro objeto, de que en lugar de la iglesia ó el monasterio, es otro particular el que recibe el inmueble, mueble ó dinero, y por ello paga una pensión.

La mutualidad, el ahorro, la previsión, eran y son totalmente ajenos á este contrato, y ni siquiera pudo pasárselo por la imaginación á los legisladores, contándolo en el número de ellos al nuestro.

El discurso de M. Portalis, consejero de estado y orador del gobierno, en la sesión del Cuerpo Legislativo del XIV ventoso año 12, y el de Simeón, en nombre de la sección de legislación, sobre la ley relativa á los contratos aleatorios, y todos los tratadistas que han escrito sobre este punto (Troplong, Pont, Goyena, Duranton, etc.) confirman la exactitud de lo dicho.

«Los estudios y la legislación sobre la mutualidad, responden á una situación nueva creada en las diversas agrupaciones civilizadas, por la expansión admirable del sentimiento de la solidaridad».

«Ella ha aparecido en estos últimos años, como un movimiento civilizador, que reconoce por causa el mejoramiento intelectual de las clases trabajadoras, obtenido por el perfeccionamiento de la instrucción y de la educación del pueblo».

Los párrafos transcritos pertenecen á don Belisario J. Monteros, que tan brillantemente representó á nuestro gobierno en los congresos internacionales de la mutualidad, celebrados en Lieja y Milán, 1905-1906, y él también ha escrito con todo acierto esta verdad indiscutible:

«La mutualidad ha sido creada dentro de ese derecho social y fundada sobre otras bases, con otros fines humanitarios y de sentimientos á que no han podido referirse las antiguas leyes. Hay, pues, una nueva legislación á hacer, separada é independiente de la existente, legislación que vendrá á regularizar y reglamentar nuevas tendencias y nuevas sociedades, nacidas de las nuevas formas de vida». Ya volveré sobre esto más adelante.

VIII

Leamos el Código Civil, y apuntemos rápidamente los rasgos distintos del contrato oneroso de renta vitalicia, acercando después las conclusiones á que lleguemos, á lo dispuesto por el Estatuto de la «Caja Internacional Mutua de Pensiones».

a) El contrato oneroso de renta vitalicia es aleatorio, del latín *alea* (Troplong, sobre el artículo 1964, núm. 5), que significa un acontecimiento incierto, equivale en que las ventajas y las pérdidas dependen para cada una de las partes de un acontecimiento incierto. (Duranton, Tomo 18, núm. 99).

Por eso, dice Guilloird, núm. 124, citados por Baudry-Lacantinerie y Wahl («Des contrats aléatoires», núm. 124), que este contrato, por su naturaleza, es una apuesta sobre la vida de la persona, sobre la cabeza de la cual la renta está constituida, y por ello, también Troplong, en el núm. 209, sobre el artículo 1968, recuerda que, como una consecuencia de su carácter aleatorio, Scaccia veía en la renta viajera una verdadera apuesta, en la cual uno ganaba el capital si acontecía la muerte, mientras que, si ella no llegaba, el otro ganaba las rentas, y, en atención á todo esto, y en el mismo número, indica las diferencias que todos los tratadistas apuntan en razón de las semejanzas (Baudry-Lacantinerie, ya citado, núm. 173; Duranton, núm. 121; Pont, «Des petits contrats», tomo I, núm. 669, etc., etc.).

Este contrato es eminentemente aleatorio: de modo, pues, (Troplong, núm. 211) que si le falta el *álea*, él no existe.

Es bien entendido que me refiero á la renta vitalicia á título oneroso, porque, si fuese á título gratuito por actos entre vivos, sería una donación y, precisamente, como enseña Duranton, núm. 122, no habiendo riesgos de ganancias ni de pérdidas, faltándole el álea, no hay propiamente renta vitalicia, motivos que ha tenido en cuenta nuestro codificador para no legislar sino sobre el contrato oneroso de renta vitalicia, como reza en la nota del artículo 2104, Código Civil, n. n. Y es innecesario agregar que, si fuese por testamento, habría un legado.

Y porque es un contrato esencialmente aleatorio, porque es una apuesta sobre la vida de una persona, por eso se requiere que la cabeza en la cual ha sido constituida, exista, el día de la formación del contrato, y que esa cabeza no esté atacada en ese momento de una enfermedad de la que muriese en los treinta días siguientes, no obstante que las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad, porque, como dice Duranton, núm. 143, no hay en ese caso riesgo de ganancia ó pérdida y, por ende, no hay contrato ó, como se expresa Pothier, no hay causa, y la falta de causa produce una nulidad absoluta (Tropion, 258 al 274; Baudry-Lacantinerie, 212).

Si, pues, no existe la persona al tiempo del contrato, escribe Goyena al pie de su artículo 1706, flaquea éste por su base y es nulo, puesto que no hay materia de riesgo, y el riesgo y la incertidumbre forman la esencia de los contratos aleatorios. (Véase artículos 1440, 1441, 2104 y 2122 del Código Civil).

(Continuará).

Revistas jurídicas

Hemos recibido las siguientes revistas:

ARGENTINA

«Patentes y Marcas», número 5, año X, junio 5 de 1909.—Buenos Aires.

«Revista del Notariado», número 141, año XII, julio 15 de 1909.—Buenos Aires.

BRASIL

«Revista de direito civil, commercial e criminal», número 3, volumen XII, junio de 1909.—Rio de Janeiro

COLOMBIA

«Gaceta Judicial», números 914 á 917, año XVIII, abril de 1909.—Bogotá.

CUBA

«Revista de Estudiantes de Derecho», número 4, año II, abril de 1909.—Habana.

«Revista de Derecho», número 5, año II, mayo de 1909.—Habana.

CHILE

«Revista de Derecho y Jurisprudencia», número 2, año VI.—Santiago de Chile.

ESPAÑA

«Unión Ibero-Americana», número 8, año XXIII, junio 15 de 1909.—Madrid.

ESTADOS UNIDOS

«Political Science Quarterly», número 2, año XXIV, junio de 1909.—Boston.

ITALIA

«Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza», número 6, tomo LXIX, junio de 1909.—Roma.

«La Giustizia Penale», números 20, 21 y 22, año XV, mayo-junio de 1909.—Roma.

PERÚ

«El Derecho», números 365 y 366, año XIX, enero á mayo de 1909.—Lima.

URUGUAY

«El Escribano Moderno», números 20 y 21, año I, junio 30 y julio 15 de 1909.—Montevideo.

«REVISTA DE DERECHO».—La importante publicación que aparecía en la Habana bajo el título de «Revista de Estudiantes de Derecho», ha sido convertida en «Revista de Derecho», y declarada órgano de la Asociación de Debates Jurídicos de aquella capital.

Con tal motivo, esta revista jurídica introducirá importantes reformas en ella y se ocupará extensamente de todas las cuestiones relacionadas con la legislación, la jurisprudencia, la administración, la sociología y la historia.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 22.—AÑO XV

MATRIMONIO DE HIJOS NATURALES.—Aplicación del artículo 311 del Código Penal, pág. 337.

JURISPRUDENCIA:

El fallecimiento del arrendatario no extingue las obligaciones del fiador, desde que no existe disposición alguna legal que declare extinguida una obligación sin plazo por el fallecimiento de la persona obligada.

Son aplicables al caso las disposiciones de los artículos 1757, 1265 y 1266 del Código Civil, pág. 341.

Declarada la compensación de una deuda en primera instancia, aunque luego se concursa el deudor, no podrá el Juez del concurso en virtud del artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil entender en esa cuestión ya resuelta; de lo contrario podría darse el caso de que un Juez de igual ó inferior categoría revocase lo resuelto por el Juez que conoció con anterioridad á la formación del concurso.

Por consiguiente, la cuestión sobre compensación en caso de apelación, debe resolverse independientemente del concurso, pág. 342.

RESOLUCIÓN GUBERNATIVA. — Competencia de los Secretarios de las Intendencias Municipales, para expedir los certificados de partidas del Registro del Estado Civil. — Intervención exclusiva de los Intendentes en los actos de escrituración al transmitirse bienes del Municipio y en los llamamientos á propuestas, pág. 344.

SENTENCIAS DEL PRESIDENTE MAGNAUD, pág. 345.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan, por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato, pág. 346.

REVISTAS JURÍDICAS, pág. 352.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA || Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.	Dr. Díaz, Pedro.	Dr. Martínez, Martín C.	Dr. Sa Vianna, M. A. de
» Acosta y Lara, Federico E.	» Díaz, Teófilo Eugenio.	» Martínez Páez, A.	(Río de Janeiro)
» Aguirre y González, Juan	» Díaz, Ramón.	» Márquez, Alberto A.	» Salgado José.
» Albuquerque, Pedro F.	» Escalada, Federico.	» Melián Lafinur, Luis.	» Sarachaga, Julián F.
Sr. Alonso, Manuel R.	» Escudero Juan Antonio.	» Moratorio, Angel J.	» Sierra Carranza, José.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.	» Fernández, Elbio.	Sr. Márquez, Joaquín C.	» Sierra, Mauro.
» Arocena, Alejo.	» Figari, Pedro.	Dr. Mendivil, Javier.	» Terra, Arturo.
» Artagaveytia, Adolfo.	» Freitas, José A. de	» Pérez Martínez, Ruperto.	» Terra, Gabriel.
» Berro, Carlos A.	» García Acevedo, Carlos.	» Pacheco, Alfonso.	» Terra, Duvimioso
» Berinduaque, Martín.	» García Acevedo, Ildefonso.	» Pacheco, Alvaro.	» Tió, Dalmiro.
» Brito del Pino, Eduardo.	» García Lagos, Alberto.	» Pena, Carlos M. de	» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Brignole, Atilio C.	» Geille, Enrique.	» Perdomo, Tomás J.	» Vargas, Eduardo.
» Cardoso, Agustín.	» Giribaidi Heguy, Juan.	» Percyra Núñez, Mariano.	» Varela, Luis.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.	» González, Domingo.	» Pernín, Alfredo J.	» Varzi (hijo), Pablo.
Dr. Casaravilla, Jacinto.	» Guillot, Alvaro.	» Piedra Cueva, Pablo.	» Velasco, Eladio A.
» Castro, Juan P.	» Graña, Julián.	» Piaggio, José T.	» Vidal (hijo), Blas.
» Castillo, Serapio del.	» Grané, Ovidio.	» Piñeyro del Campo, Luis.	» Vigil, Antonio E.
» Capella y Pons, Francisco.	» Herrera y Obes, Julio.	» Ramírez, José P.	» Vivas Cerantes, Damián.
» Cremonesi, José.	» Herrera y Reissig, Manuel.	» Ramasso, Ambrosio Luis	» Williman, Claudio.
» Coustau, Juan (B. Aires).	» Leite, Solidonio (R. Janeiro).	Sr. Ramos Montero, Dionisio.	» Wilson, Guillermo.
» Cubiló, Justo.	» Lenzi, Carlos.	Dr. Ramos Suárez, Dionisio.	Sr. Ximénez, Isafas.
» De-María, Pablo.	» Lago, Juan M.	» Rodríguez, Antonio M.	
» Decoud, Adolfo.	» López Lomba, Ramón.	» Roubaud, Eduardo.	

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 15 DE AGOSTO DE 1909

NUMERO 23

Ley de Marcas de Fábrica y de Comercio

Poder Legislativo.

El Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, decretan:

CAPÍTULO I

DE LA PROPIEDAD DE LAS MARCAS

Artículo 1.º Podrán usarse como marcas, las denominaciones de los objetos ó los nombres de las personas, bajo una forma particular, los emblemas, los monogramas, los grabados ó estampados, los sellos, viñetas y relieves, las franjas, las palabras ó nombres de fantasía, las letras y números con dibujo especial, formando combinación, los envases y envoltorios de los objetos y cualquier otro signo con que se quiera distinguir los artefactos de una fábrica, los objetos de un comercio ó los productos de las industrias agrícolas, extractivas, forestales y ganaderas.

Art. 2.º La marca puede ser colocada sobre los envases ó envoltorios ó sobre los mismos objetos que se quieren distinguir.

Art. 3.º No se considerarán como marcas á los efectos de esta ley:

- 1.º Las letras, palabras, nombres, escudos ó distintivos que usen ó deban usar las autoridades del Estado, ó las Municipalidades;
- 2.º La forma que se dé á los productos, á no ser que ella no sea más útil ó conveniente que otra para el género de comercio ó de industrias á que se aplica;
- 3.º El color de los productos y el de los envases. Podrán usarse, sin embargo, como marcas, las combinaciones de colores para los envases;
- 4.º Las denominaciones técnicas, comerciales ó vulgares que se empleen para expresar cualidades ó atributos de los productos;
- 5.º Los términos ó locuciones que hayan pasado al uso general y los signos que no sean de fantasía, es decir, que no presenten caracteres de novedad y especialidad;
- 6.º Las designaciones usualmente empleadas para indicar la naturaleza de los productos, ó la clase, género y especie á que pertenecen;
- 7.º Los dibujos ó expresiones contrarios á la moral;
- 8.º Las caricaturas, retratos, dibujos ó expresiones que tiendan á ridiculizar ideas, personas ú objetos dignos de respeto y consideración;
- 9.º Los retratos ó nombres de las personas que vi-

van, á menos de obtener de ellas su consentimiento, y de las personas que hayan fallecido mientras no se haya obtenido el consentimiento de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y del segundo de afinidad;

10. Las letras, palabras, nombres, escudos ó distintivos que usen ó deban usar los Estados extranjeros, siempre que su uso comercial no esté autorizado por certificado expedido por la oficina correspondiente del Estado interesado;
11. Las palabras similares á un nombre comercial ó á un nombre conocido con relación á productos determinados;
12. Las palabras, signos ó distintivos que hagan presumir el propósito de verificar una concurrencia desleal.

Art. 4.º La propiedad exclusiva de la marca, así como el derecho de oponerse al uso de cualquier otra que pueda producir directa ó indirectamente confusión entre productos, corresponderá al comerciante ó industrial que haya llenado los requisitos exigidos por esta ley.

Art. 5.º La propiedad exclusiva de la marca sólo se adquiere con relación al objeto para que hubiera sido solicitada.

Art. 6.º El empleo de la marca es facultativo. Sin embargo, podrá ser obligatorio, cuando necesidades de conveniencia pública lo requieran.

Art. 7.º La propiedad de una marca pasa á los herederos y puede ser transferida por contrato ó por disposiciones de última voluntad.

Art. 8.º La cesión ó venta del establecimiento comprende la de la marca, salvo estipulación en contrario, y el cesionario tiene el derecho de servirse de la marca que lo designe, aunque ella sea nominal, de la misma manera que lo hacía el cedente, sin otras restricciones que las impuestas expresamente en el contrato de venta ó cesión.

Art. 9.º La transferencia de una marca deberá hacerse constar en la Oficina en que esté registrada para adquirir el derecho á usarla.

Art. 10. El registro de marcas es atributivo de propiedad y nadie podrá hacer valer derechos exclusivos sobre una marca sin acompañar el certificado correspondiente expedido por el Ministerio de Industrias.

Art. 11. No obstante lo que dispone el artículo anterior, toda persona que tuviera en el país una marca en uso sin registrar ó cuyo registro hubiera caducado, podrá oponerse al registro que intentase hacer un tercero de esa misma marca. Si el tercero hubiera verificado el registro y obtenido los resguardos correspondientes, las personas que se indican en el inciso anterior podrán solicitar del Poder Ejecutivo la anulación de la inscripción ó inscripciones hechas en perjuicio de sus derechos anteriores de uso. Al deducir la acción de anulación, acompañarán ó indicarán las pruebas que acrediten sus derechos de uso anteriores á la inscripción indebida hecha por el tercero. El término para pedir la anulación será de dos años contados desde el día de la inscripción cuya acción se solicita, pasados los cuales no se admitirá ninguna reclamación contra la inscripción hecha en el registro. También se podrá solicitar la anulación del registro verificado contraviniendo las disposiciones del artículo 3.º de esta ley. De la resolución del Poder Ejecutivo, que se cumplirá provisoriamente, podrá recurrirse dentro del término de sesenta días, entablado la acción que corresponda ante el Juez competente. Los procedimientos administrativos interrumpirán la prescripción establecida en el inciso 4.º de este artículo.

Art. 12. La protección que acuerda el registro de una marca durará diez años, pudiendo prorrogarse este plazo por términos iguales cada vez que venza ó esté próximo á vencerse. Para obtener las prórrogas se seguirán los procedimientos de ley y se abonará el derecho correspondiente de acuerdo con el artículo 26. El comerciante ó fabricante que dejare vencer el término de diez años sin solicitar la renovación de la inscripción en el Registro, no podrá invocar en su favor los beneficios que acuerdan las disposiciones de la presente ley. En los dos años subsiguientes al vencimiento del término de diez años establecido en el inciso 1.º, sólo podrá solicitar la renovación del registro de una marca la persona que la tuviere registrada á su nombre ó su representante legal. Todo sin perjuicio de lo que dispone el artículo anterior.

Art. 13. El derecho de propiedad de una marca se extingue:

- 1.º A solicitud del interesado;
- 2.º Cuando por las autoridades competentes se declare la nulidad de la concesión de una marca.

Art. 14. Cuando se opere la extinción de una marca por alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el hecho debe publicarse en la forma señalada en el artículo 18.

CAPÍTULO II

FORMALIDADES PARA ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LAS MARCAS

Artículo 15. Todo el que desee obtener la propiedad de una marca de fábrica, comercio ó agricultura, deberá solicitarla del Ministerio de Industrias, Trabajo ó Instrucción Pública, justificando que ejerce el comercio ó la industria. Bastará en todo caso para comprobarlo la presentación de la patente de giro. Para el registro de las marcas extranjeras se exigirá la presentación del certificado de inscripción en el país de origen, ó documentos fehacientes que acrediten los extremos que se exigen en el inciso anterior para el registro de las marcas nacionales.

Art. 16. La solicitud para obtener una marca deberá ser acompañada además:

- 1.º De tres ejemplares de la marca de que se quiere hacer uso;
- 2.º De una descripción por duplicado de la marca, si se trata de figuras ó de emblemas, debiendo indicarse la clase de objetos á que están destinadas, y si serán aplicadas á productos de una fábrica, de la tierra, ó á objetos de un comercio;
- 3.º De un recibo en que conste haberse depositado en Tesorería General el importe del derecho establecimiento;
- 4.º De un poder ó de una carta-poder, debidamente legalizados si son otorgados en el extranjero;
- 5.º De la autorización de las personas indicadas en el inciso 9.º del artículo 3.º.

Art. 17. Las solicitudes que se presentaren se harán constar por medio de un acta breve, que exprese en resumen su contenido y la fecha y hora de la presentación, en un libro cuyas hojas serán foliadas y rubricadas por el Ministerio respectivo.

Art. 18. Labrada el acta á que se refiere el artículo anterior, se procederá á costa de los interesados á publicar

oficialmente un extracto de la solicitud, fecha de la presentación, nombre del interesado y grabado de la marca, para lo cual se exigirá á los solicitantes el elisé correspondiente. La publicación se hará por quince días consecutivos en el «Diario Oficial».

Art. 19. Si transcurridos diez días después de la última publicación prescripta por el artículo anterior, nadie se presentase oponiéndose á la concesión y no se hubiera antes otorgado marcas iguales ó semejantes en las condiciones de los artículos 5.º y 6.º de esta ley, se registrará la marca solicitada y se expedirá el certificado de su propiedad.

Art. 20. El certificado de la marca que dará el Ministerio de Industrias, Trabajo é Instrucción Pública, consistirá en un testimonio del decreto que lo acuerde, acompañado del duplicado de la descripción y de los dibujos; será extendido á nombre de la República, invocándose en él autorización del Gobierno, é irá revestido con la firma del Jefe de la Sección respectiva de dicho Ministerio.

Art. 21. En los casos en que no se haga la inscripción de una marca, se devolverá al interesado el derecho cobrado.

Art. 22. Las resoluciones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, serán notificadas de oficio y dentro del término de diez días al Ministerio, remitiéndosele testimonio de dichas resoluciones.

Art. 23. El Ministerio de Industrias llevará un libro donde se copiarán todas las resoluciones que se dicten en materia de marcas, acordando ó denegando el registro ó resolviendo incidentes de la tramitación.

Art. 24. Las marcas de que se expidan certificados, así como las solicitudes y descripción presentadas, quedarán archivadas en el Ministerio de Industrias. En caso de litigio, se exhibirá ante el Juez competente el dibujo de la marca con el testimonio de la descripción de ella, ó de cualquier otra pieza concerniente á la cuestión.

Art. 25. Las marcas, así como sus descripciones, estarán en el Ministerio á disposición de todo el que desee conocerlas.

Art. 26. Por el registro y certificado de marca, cualquiera que sea su procedencia, se pagará un derecho de diez pesos. El mismo derecho se pagará por el registro y certificado de transferencia. Por los testimonios de certificados que se solicitaren en adelante, se pagarán dos pesos, además del valor del sellado en que se extiendan. Por el registro y certificado de una marca renovada se pagarán veinticinco pesos.

Art. 27. Para que las marcas extranjeras gocen de las garantías que esta ley acuerda, deberán ser registradas con arreglo á sus prescripciones. Los propietarios de ellas, ó sus agentes debidamente autorizados, son los únicos que pueden solicitar el registro.

CAPÍTULO III

DE LOS NOMBRES DE FÁBRICA, DE COMERCIO Y DE AGRICULTURA

Artículo 28. El nombre del comerciante ó industrial, ó el de la razón social, ó el título, rótulo ó designación de una casa ó establecimiento que negocie en artículos determinados, constituye una propiedad industrial, para los efectos de esta ley.

Art. 29. Si un comerciante ó industrial quisiera ejercer una industria ya explotada por otra persona con el mismo nombre ó con la misma designación convencional, deberá adoptar una modificación clara que haga que

ese nombre ó esa designación sea visiblemente distinta de la que usare la casa preexistente.

Art. 30. Si el damnificado por el uso de un nombre de fábrica ó de comercio, ó industria de la tierra, no reclamase en el término de dos años desde el día en que se empezó á usar por otro, perderá su acción á todo reclamo.

Art. 31. Las sociedades anónimas tienen derecho al nombre que llevan, como cualquier particular, y están sujetas á las mismas limitaciones.

Art. 32. El derecho al uso exclusivo del nombre como propiedad industrial, terminará con la casa de comercio que lo lleve, ó con la explotación del ramo de industria.

Art. 33. No es necesario el registro del nombre para ejercer los derechos acordados por esta ley, salvo el caso en que forme parte de la marca.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES PENALES

Artículo 34. El que con el fin de lucrar use, fabrique, falsifique, adultere ó ejecute una marca inscrita en el registro correspondiente por otra persona, será castigado á querrela de parte, con prisión de doce á quince meses.

Art. 35. El que con el mismo propósito imite una marca, dibujo ó modelo en condiciones que el consumidor pueda confundirlos con productos cuyas marcas han sido debidamente registradas, será castigado á querrela de parte, con prisión de nueve á doce meses.

Art. 36. Los que rellenen con productos espurios envases con marca ajena, ó los que los rellenen con productos que no correspondan al producto legítimo enunciado en la marca que lleva el envase, ó los que mezclen productos legítimos con otros extraños ó espurios, serán castigados á querrela de parte, con prisión de nueve ó doce meses.

Art. 37. El que á sabiendas venda, ó ponga en venta ó se preste á vender ó á hacer circular mercaderías señaladas con las marcas á que se refieren los artículos anteriores, será castigado á querrela de parte, con prisión de seis á nueve meses.

Art. 38. Los que contra la voluntad del legítimo propietario, usen ó pongan en venta marcas auténticas, serán castigados á querrela de parte, con multa de cien á doscientos pesos.

Art. 39. Los que vendan ó pongan en venta mercaderías con marca usurpada ó falsificada, están obligados á dar al comerciante ó fabricante dueño de ellas, noticias completas por escrito, sobre el nombre y la dirección del que haya vendido ó procurado la mercancía, así como sobre la época en que haya comenzado el expendio, y en caso de resistencia, podrán ser compelidos judicialmente so pena de ser considerados como cómplices del delincuente.

Art. 40. Las mercaderías con marca falsificada que se encontrasen en poder del falsificador ó de sus agentes, serán comisadas y vendidas, y su producido, después de pagadas las costas é indemnizaciones establecidas por esta ley, se adjudicará á beneficio de las escuelas públicas del Departamento donde se hiciese el comiso.

Art. 41. Las marcas falsificadas que se encontrasen en poder del falsificador ó de sus agentes, serán inutilizadas, así como los instrumentos que hubiesen servido especialmente para la falsificación.

Art. 42. Los damnificados por contravención á los preceptos de esta ley, podrán ejercer su acción por da-

ños y perjuicios contra los autores y cooperadores del fraude. Las sentencias de condenación serán publicadas á costa del contraventor.

Art. 43. No se podrá intentar acción civil ni criminal después de pasados tres años de cometido ó repetido el delito, ó después de un año, contado desde el día en que el propietario de la marca tuvo conocimiento del hecho por primera vez. Los actos que interrumpen la prescripción son aquellos que están determinados por el derecho común.

Art. 44. Las disposiciones contenidas en los artículos del presente capítulo serán aplicables á los que hicieren uso sin derecho de los nombres de un comerciante, industrial ó de una razón social, de la muestra ó de la designación de una casa de comercio ó fábrica, según lo establecido en los artículos 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la presente ley.

Art. 45. Serán aplicables á los delitos á que se refiere esta ley, las disposiciones contenidas en el Código Penal, siempre que no se opongan á lo que en esta ley especialmente se establece.

CAPÍTULO V

DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 46. Todo propietario de una marca de fábrica, de comercio ó agricultura, á cuyo conocimiento llegare la noticia de hallarse en la Aduana, Correo ú otra repartición fiscal ó sitio, etiquetas, cápsulas, envases ó cualquier otro objeto similar á los que constituyen ó pertenecen á su marca, podrá presentarse á la autoridad competente pidiendo el embargo de dichos objetos, y el Juez lo concederá bajo la responsabilidad del peticionante y las cauciones que juzgue necesarias para el caso de haberse pedido el embargo sin derecho. Será facultativo del Juez dispensar las cauciones cuando el solicitante sea persona de notoria responsabilidad.

Art. 47. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39 de esta ley y las otras medidas que procedan en el juicio criminal, los dueños de las marcas usurpadas, falsificadas ó imitadas, podrán solicitar bajo su responsabilidad, ante los Jueces competentes, que se proceda á practicar un inventario y descripción de las mercaderías ó productos que se encuentren con dichas marcas en una casa de comercio ó en otro sitio. Dicho inventario será practicado por el Oficial de Justicia del Juzgado ó cualquier escribano público que el Juzgado indicare, labrando acta en que se consignará la descripción detallada de las mercaderías ó productos, y que será firmada por el solicitante si asistiese, el Oficial de Justicia ó escribano en su caso, y por el dueño del negocio ó depósito ó dos testigos en su defecto.

Art. 48. Cuando hubieren de practicarse inmediatamente varios inventarios en diversos lugares, el Juez podrá comisionar para el efecto á cualquier escribano público y en todos los casos disponer, si lo creyese necesario, que acompañe al Oficial de Justicia ó reemplazante un perito para que intervenga en la descripción de las mercaderías inventariadas.

Art. 49. Si en el acto del inventario se diesen las explicaciones prevenidas en el artículo 39 de esta ley, se consignarán en la acta.

Art. 50. Para que pueda ordenarse el inventario y embargo de que tratan los artículos anteriores, se requerirá la presentación del certificado de marca.

Art. 51. Transcurridos quince días después de practicado el embargo, quedará éste sin efecto si el dueño de la marca no dedujese la acción correspondiente.

Art. 52. Los juicios á que dieren lugar los delitos previstos por el artículo 34 y siguientes de esta ley, se sustanciarán con arreglo á los trámites ordenados por el Código de Instrucción Criminal.

Art. 53. La acción criminal no podrá iniciarse de oficio, y corresponderá solamente á los particulares interesados; pero una vez entablada será continuada por el Fiscal del Crimen si lo juzgare procedente.

Art. 54. Los damnificados por contravención á los preceptos de esta ley, podrán ejercer su acción por daños y perjuicios contra los actores y cooperadores del fraude. Las sentencias de condena serán publicadas á costa del contraventor.

CAPÍTULO VI

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 55. Los dueños de una marca extranjera que no hubiera sido registrada en la República, podrán usar de las acciones que establece el artículo 11 de esta ley, y á los efectos allí indicados.

Art. 56. La actual Oficina de Marcas y Patentes, queda incorporada al Ministerio de Industrias, Trabajo é Instrucción Pública, y el Poder Ejecutivo reglamentará su funcionamiento.

Art. 57. Quedan sin efecto las disposiciones que se opongan á la presente ley y el decreto de 1.º de marzo de 1877.

Art. 58. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley.

Art. 59. Comuníquese, etc.

Sala de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, en Montevideo, á 13 de julio de 1909.

FELICIANO VIERA,
Presidente.
M. Magariños Solsona,
1.º Secretario.

Ministerio de Industrias, Trabajo é Instrucción Pública.

Montevideo, julio 17 de 1909.

Cumplase, acúcese recibo, publíquese, insértese en el Registro de Leyes de este Ministerio, y con la copia correspondiente, remítase al del Interior.

WILLIMAN.
ALFREDO GIRIBALDI.

JURISPRUDENCIA

Las manifestaciones hechas en el veredicto por el Jurado, de que hubo legítima defensa, no obligan á los Jueces de derecho: pudiendo éstos apreciarlas para ver si reúne los requisitos que la ley estatuye para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad.—(Ver esta REVISTA, tomo 10, página 103).

Vista en juicio público y en tercera instancia y con jurados esta causa, seguida de oficio á Laudelino Lenzi por muerte de Manuel Ferraz y herida á Ramón Francisco

Saldaña,—subida en apelación por los recursos interpuestos contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de 1.º turno, por la que se le imponía á dicho procesado la pena de cinco años de Penitenciaría y siendo de su cargo las prestaciones legales que determina el artículo 35 del Código Penal;

Aceptando las conclusiones de hecho expuestas por el Jurado en el veredicto precedente, á las cuales deben forzosamente ajustarse los Jueces de derecho aún cuando aquellos hechos fueran contrarios á sus convicciones, para hacer la aplicación de las leyes relativas,—como lo determinan los artículos 119 y 317 del Código de Instrucción Criminal;

Considerando: Que el procesado fué acusado de homicidio contra Ferraz y lesiones contra Saldaña;

Considerando: Que el Jurado declara por la proposición undécima que Lenzi ha tenido buena conducta, que se presentó espontáneamente á la autoridad,—debiéndose considerar esta última como causa atenuante también,—en razón de que al afirmarse que se presentó espontáneamente, se afirma de un modo virtual que pudo eludir la acción policial (artículo 18, incisos 7.º y 9.º); y por último que no está probado que la muerte se haya producido como consecuencia de las heridas (proposición 9.ª);

Considerando: Que también el Jurado declara en la duodécima proposición, que el procesado al herir al doctor Ferraz y á Saldaña procedió en uso de legítima defensa, por considerar que la agresión partió del doctor Ferraz;

Considerando: Que ante esta declaración de derecho del Jurado, cabe analizar si ella debe ser aceptada ampliamente por los Jueces de derecho, ó por el contrario, es susceptible de examen, á fin de verse si esa manifestación, que importaría una circunstancia eximente de responsabilidad, reúne las condiciones de derecho que la ley exige para que esa circunstancia pueda tener todo su efecto legal;

Que planteada así la cuestión, es indiscutible que el examen de derecho incumbe á los Jueces y no al Jurado (artículos 119 y 317 del Código de Instrucción Criminal); que aceptar otra teoría sería desnaturalizar las funciones de los Jueces de derecho, permitiendo que el Jurado invadiera las atribuciones que corresponden á los Jueces de derecho, anulando la acción del Tribunal;

Considerando: Que ante estas conclusiones, es forzoso afirmar, que la defensa legítima que reconoce el Jurado, no reúne las tres condiciones legales que estatuye el artículo 17, inciso 6.º del Código Civil para que sea aceptada como circunstancia eximente, pues si bien este Tribunal debe aceptar la declaración hecha por el Jurado de que la agresión partió del doctor Ferraz,—no está probado, ni lo ha declarado el Jurado, que hubo necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión ó impedir el daño, ni que mediara falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (artículo 17, inciso 6.º del Código Penal). Por el contrario, el propio Jurado reconoce,—sin querer entrar á examinar este Tribunal la proposición que también se establece, relativa á que el encausado trataba de retar á duelo á Ferraz,—que entre éstos se produjo una discusión, y pasando á las vías de hecho, Lenzi le descerrajó á Ferraz tres tiros de revolver y otro á Saldaña, cuando á las primeras detonaciones concurrió á ver lo que sucedía (8.ª proposición), como también que aunque el doctor Ferraz tenía costumbre de andar armado, no se ha comprobado que en el momento de ser herido tuviera armas (10.ª proposición). Esta conclusión evidencia que no teniendo armas Ferraz mal pudo amenazar con ellas á Lenzi para que éste pudiera considerar su vida en peligro;

Considerando: Que haciendo el cómputo de la pena, de acuerdo con las conclusiones y consideraciones de derecho expuestas y la del artículo 317 del Código Penal, cuya pena se rebaja de dos grados de acuerdo con el artículo 331 del mismo Código, la circunstancia agravante de la herida á Saldaña (artículo 78 del Código Penal), los atenuantes comprendidos en los artículos 322, 18 inciso 1.º (por no reunir la defensa legítima que reconoce el Jurado las circunstancias que establece el inciso 6.º artículo 17), inciso 7.º é inciso 9.º del mismo Código, y artículos 70, inciso 3.º, 71 y 73, y por último lo dispuesto en el artículo 6.º de la ley 23 de septiembre de 1907, este Tribunal considera compurgado el delito en que ha incurrido el encausado.

Por estos fundamentos:

Se revoca la sentencia apelada, se declara compurgado el delito con el tiempo de prisión sufrida, por lo que deberá ponerse en libertad al encausado, y siendo de su cargo todas las prestaciones que estatuye el artículo 35 del Código Penal, entre las cuales se incluirán los honorarios de los seis conjuces que han intervenido, los que se apreciarán en la forma de estilo oportunamente.

Publíquese y devuélvase.

Montevideo, julio 31 de 1909.

Adolfo Artagaveytia—Liborio Echeverría—Lucas Moreno.

La ley no ha fijado una duración determinada para los remates públicos,—siendo, por consiguiente, válida la venta realizada en remate, aunque éste no haya durado sino breves minutos, siempre que se haya cumplido con las formalidades legales y no se mejoraran más las ofertas.

Visto este recurso de queja por denegación de apelación interpuesta por los señores G. Hnos., en el juicio ejecutivo seguido por don J. A. G. contra don P. B.,

Resultando: Que realizado el remate del bien embargado, se declaró nulo por resolución de f. 56 vta. dictada á petición del ejecutante y ejecutado y sin audiencia de los compradores; Que habiendo recurrido éstos de esa resolución no se hizo lugar á ninguno de los recursos interpuestos, circunstancia que motivó esta queja;

Y atento á que la resolución que declaró nula la venta tiene carácter de definitiva, dictada en la demanda incidental sobre la nulidad alegada por acreedor y deudor, y por lo tanto era apelable (artículo 656 del Código de Procedimiento Civil);

Que para sostener la inapelabilidad de esa sentencia, no puede invocarse el artículo 941 del Código Civil, que como regla excepcional debe aplicarse restrictivamente dentro del juicio ejecutivo y con respecto al ejecutante y ejecutado, pero no con relación á terceros, que habiendo obtenido derechos á los bienes vendidos, se ven privados de ellos sin que se les oiga en la demanda incidental que promueven acordes acreedor y deudor al pedir ambos la nulidad del remate;

Que admitido, en consecuencia, el recurso de queja por denegación de apelación, corresponde resolver sobre la nulidad de la venta;

Que tanto el ejecutante como el ejecutado fundaron su peticitorio de nulidad exclusivamente en la corta duración del remate, que alejó la posibilidad del mejor

éxito, reconociendo ambos que fueron cumplidos todos los requisitos de la ley;

Que basta este enunciado para deducir que la nulidad decretada no procedía, máxime cuando ni siquiera se insinúa que hayan podido mediar causas generales de nulidad de los contratos, que viciaran el consentimiento ó lo hicieran inexistente;

Que justificada la práctica de todas las formalidades que la ley dicta para garantir, mediante la publicidad y la concurrencia, el éxito de la venta pública; constatado que se oyeron ofertas hasta que no las mejoraban los presentes; en una palabra, que se procedió correctamente en la forma habitual, no existe razón para dejar sin efecto la venta realizada en condiciones legales, sólo porque hubo rezagados que afirmaron después que hubieran ofrecido precio más alto;

Que los rematadores no tienen por nuestra ley tiempo fijo para oír ofertas, y si razonablemente, dando fiel y sincero cumplimiento á sus funciones, jamás podrían malograr el éxito de un remate aceptando ofertas bajas cuando exista la posibilidad de obtener otras más altas, no tienen obligación de estar esperando la posible concurrencia de postores retrasados á quienes es presumible no les interesa mucho la adquisición de los bienes que se venden, porque el interés lleva á la puntualidad;

Que por otra parte, no existiendo en el caso nulidad de formas, ni tampoco de fondo, no pueden crearse judicialmente otras nuevas, sólo porque acaso hubiera podido obtenerse mejor resultado si se hubiera esperado á oír posibles mejores ofertas de los que no concurrieron al remate;

Que si se admitieran tales nulidades y otras muchas análogas que podrían idearse, desaparecería la seguridad de las ventas públicas, la seriedad de los actos judiciales, la estabilidad de los derechos adquiridos por el comprador, que al contratar sabe que el cumplimiento de las convenciones no depende del arbitrio de uno de los contratantes;

Por estos fundamentos, y admitiendo el recurso de queja, revócase la resolución recurrida, declarándose válida la venta.—Y devuélvase.

Montevideo, mayo 24 de 1909.

Alfredo Furriol.

Vistos en relación este incidente sobre nulidad de la venta efectuada en remate almoneda del bien embargado en los autos ejecutivos seguidos por don J. A. G. y C.^a contra don P. B., subido en apelación por la interpuesta por el ejecutante y el ejecutado contra la sentencia de f. 23 dictada por el señor Juez Letrado de lo Civil de 2.º turno,—

Por sus fundamentos, y

Considerando: Que, desde que la ley no establece el tiempo que debe durar el remate, ni se hizo esa determinación por el Juez de la causa, procedió correctamente el rematador al darlo por terminado desde que cesaron las ofertas de los concurrentes;

Considerando: Que si el señor G. deseaba hacer oferta, debía concurrir á la hora designada en los edictos para que se diera principio á la venta, en la que se observaron todas las formalidades legales, sin que sea dado á las partes alegar la nulidad de aquélla por la sola razón de constarles que había otro interesado dispuesto á ofrecer mayor precio, pues tal pretensión, destituida hasta de seriedad, no puede prevalecer sin menoscabo del derecho legítimamente adquirido por el comprador

Considerando: Que no hay práctica constante sobre la duración de las ventas judiciales, y aunque la hubiera, no sería obligatorio observarla, porque la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella (artículo 9.º del Código Civil);

Atento lo dispuesto por el artículo 732 del Código de Procedimiento Civil,—

Se confirma con costas la expresada sentencia, y devuélvase.

Aréchaga — Martínez — Mendoza y Durán.

Corresponde á los Actuarios el permitir ó prohibir, según las circunstancias, el examen de los expedientes,—desde que ese derecho es concedido por la ley sólo á las partes, á sus apoderados ó al Ministerio público.
(ARTÍCULOS 292 Y 139 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL).

Vista esta solicitud del señor N. N., para que se ordene al señor Actuario del Juzgado que le exhiba el expediente caratulado «N. N.», ó cualquier otro que en lo sucesivo se le ocurra solicitar,—

Atento á los fundamentos que aduce el señor Actuario en el informe de f. 3 y á lo manifestado por el señor Agente Fiscal en su dictamen precedente; y

Considerando: Que estando á cuidado y guarda de los Actuarios los expedientes en trámite ó del archivo de los Juzgados, es á esos funcionarios á quienes, atendiendo á las razones que dicte la prudencia, les corresponde, fuera de los casos especialmente previstos por la ley ó cuando lo ordenaren los Jueces, el derecho de exhibir ó no los expedientes á cualquier persona que los solicitase no siendo parte en ellos; porque no hay disposición legal que faculte á los particulares para enterarse de cualquier asunto, cuya publicidad, con frecuencia, puede afectar el derecho, honor ó tranquilidad de los que en él han intervenido;

Que esto supuesto, múltiples consideraciones de hecho que no han podido ser previstas por la ley,—la que, por otra parte, para garantir el derecho, no ha formulado sino reglas generales,—aconsejan que, ateniéndose á las circunstancias de cada caso determinado, se niegue la exhibición de los expedientes, ya porque los peticionarios no inspiran la seguridad de que harán el debido uso de los datos que en ellos recojan, ora porque no indican la causa en que fundan sus pedidos; unas veces, porque los formulan en forma que menoscaba la autoridad judicial, otras porque no siempre los juicios, por el estado de su tramitación ó por la naturaleza misma del asunto, pueden mostrarse; ó por múltiples razones más de orden interno, que se ofrecen á cada momento en el movimiento de las oficinas actuariales, y que nadie puede apreciar mejor que sus jefes, por el conocimiento que han adquirido de los asuntos, de las partes ó de las demás personas que frecuentan los Juzgados;

Que por otra parte, los Actuarios, como secretarios que son de los Jueces, están obligados muy especialmente á guardar fuera y dentro de la oficina la mayor reserva posible con respecto á los asuntos del Juzgado; porque, incurriendo los Jueces en responsabilidad si revelan los secretos de los juicios (artículo 1323 del Código de Procedimiento Civil), y debiendo los Actuarios, por la naturaleza de su cargo, guardar esos secretos, se hace necesario que en sus respectivas oficinas gocen de toda amplitud,

cuando se trate de apreciar en qué momentos y á qué-nes pueden confiar los expedientes, para que no sean una mera fórmula las obligaciones que derivan de su calidad de secretarios ó confidentes de los Jueces;

Considerando: Que si bien la exhibición de expedientes, á quienquiera que los solicitare, no está prohibida por disposición legal expresa, como dice el peticionario, este silencio de la ley no debe interpretarse en el sentido de que él crea el derecho que se invoca, porque la ley sólo reconoce ese derecho á las partes, á sus apoderados ó al Ministerio público (artículos 292 y 139 del Código de Procedimiento Civil) excluyendo, por tanto, á los que no son interesados en los juicios;

Considerando: Que si bien el hecho de solicitar un expediente, basta por sí solo para demostrar que se tiene algún interés en él, como afirma el señor N., la existencia de ese interés no es suficiente, cuando se entabla alguna petición ante las autoridades públicas, porque éstas necesitan cerciorarse previamente, para conceder lo que se pide, de la legitimidad de la demanda, desde que sus resoluciones deben ajustarse á lo que establecen las leyes, y no pueden autorizar nada que sea contrario á ellas;

Considerando: Que no es exacto que todos los juicios se ventilen en público, como sostiene el peticionario; la regla general, es que el procedimiento, en materia civil como criminal, es privado.

En efecto; en materia civil el Código de Procedimiento no prevé más juicio público que el del recurso extraordinario de nulidad notoria que se interpone ante la Alta Corte de Justicia; y en materia penal, no se ventila en público sino los juicios de la competencia de los Jueces del crimen ó los que por delitos de imprenta se siguen ante los Jueces departamentales.

En los juicios criminales, especialmente, el procedimiento es reservado, durante la instrucción del sumario, para que no sea ilusoria la averiguación de la verdad.

A este respecto dice el autor del Código de Instrucción Criminal: «La instrucción judicial indagatoria reservada, es una medida de orden público perfectamente justificada».

«En materia civil, las pruebas que producen las partes tienen el mismo carácter, y el sumario criminal es, si no una prueba definitiva, una justificación necesaria y precisa impuesta por la naturaleza de las cosas; y criticando la doctrina de Mittermayer, quien sostiene que las pruebas contra los procesados deben ser públicas, después de ser acusados y enviados á juicio, agrega: «Este último sistema es de todo punto inconveniente y pernicioso; entre nosotros, casi sería imposible. Rompe la unidad de acción del magistrado instructor y determina tales confusiones y complicaciones en el sumario, que aun con los mayores elementos, sólo puede producir deplorables resultados».

«El sistema de nuestro Código es sencillo y fácil: es además justo, porque presta, por una parte, las seguridades que la sociedad tiene el derecho y el deber de procurarse para la comprobación de los delitos y de sus autores, y por otra, da á los procesados todas las garantías legales para su defensa» («Cuestiones prácticas de derecho penal procesal», por Laudelino Vázquez, págs. 100).

Pero aun los mismos juicios públicos, no dan derecho al público para que, cada vez que se le ocurra, pueda acudir á la oficina actuaria en demanda de los expedientes respectivos, como lo pretende el señor N. Se les da ese nombre simplemente, porque á las audiencias que se celebran en esos juicios puede concurrir el público; mientras que, á las de los juicios privados, sólo pueden asistir las partes, sus apoderados ó los testigos;

Considerando: Que si los terceristas ó aquellos que deseen efectuar una transacción, necesitan enterarse del estado de ciertos juicios, como alega el peticionario, es justo que se le exhiban los expedientes respectivos, pero siempre que sea posible, teniendo en cuenta las circunstancias que arriba se han expresado;

Considerando: Que los términos *espíritu mezquino* y *ruin* que el señor A. emplea, refiriéndose al señor Actuario, son ofensivos para la autoridad y persona de dicho funcionario, irrespetuosos con relación al Juzgado é innecesarios á la vez para la defensa de los pretendidos derechos que se invocan,

Se resuelve: no hacer lugar á lo solicitado con costas; declárase que la oficina actuaria no ha desconocido ningún derecho al señor A., negándole la exhibición del expediente caratulado «N. N.», en el cual no es parte, ni ha determinado cuál era su interés al pedirlo; apercíbesele por los términos ofensivos que ha empleado, los que se testarán del escrito, y previa tasación y pago de costas, archívese el expediente.

Nicasio del Castillo.

Es procedente la tercería de dominio fundada en la posesión de un bien mueble adquirido de buena fe, lo que hace presumible la propiedad, salvo la prueba en contrario, que no se ha producido.—(ARTÍCULOS 663 DEL CÓDIGO CIVIL,—466. 843 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos: este juicio iniciado por la Compañía «S. S. y M.» contra don S. S. por cobro de arrendamientos y devolución de una máquina de coser, y tercería de dominio deducida por don H. A. respecto de la misma máquina,—

Resultando: 1.º Que citado el demandado, no compareció á la audiencia señalada, y en su rebeldía se dió por llenada la conciliación y por reconocida la firma del documento (f. 1);

2.º Que ordenado el depósito de la máquina N. B. 1.102.111, que se encontró en poder del señor A., éste dedujo sobre la misma acción de tercería;

3.º Que oídas las partes interesadas en la audiencia de que da cuenta el acta de fs. 8 á 13, no habiéndose llegado á ningún av. nimiento, se abrió á prueba esta causa;

4.º Que presentadas las pruebas ofrecidas, y de que instruyen las actas de fs. 13 á 14, 14 vta. y 15 á 28, fueron citadas las partes para sentencia;

Considerando: Que las posiciones abusivas por el representante de la Compañía (á f. 15 y siguientes), por el tercerista (á f. 27 vta.), las diligencias de f. 13 á f. 14 y f. 14 vta., así como las declaraciones de todos los testigos, no dejan lugar á dudas sobre el hecho de que el día primero de abril del corriente año don H. A. compró en la casa de compraventa de don B. A. la máquina que motiva este juicio, por el precio de veinte pesos, que abonó según consta del recibo á f. 4 y disposiciones concordantes;

Considerando: Que las exposiciones de los interesados á f. 5 y á f. 8 y siguientes, expresan ilustradamente las razones de derecho aducidas por los contendientes, siendo la misión del Juzgado resolver el asunto en su parte fundamental, ó sea, sobre el mejor derecho á la posesión ó propiedad de la cosa objeto del litigio;

Considerando: Que la propiedad de bienes muebles, por nuestra legislación, si bien distinta á otras legislaciones en cuanto la sola posesión hace dueño, no deja de reconocer que la posesión del mueble adquirido de buena fe, hace presumible su propiedad, salvo, naturalmente, la prueba en contrario, que el actor en el caso no ha probado, pues para ello no basta que los libros de A. y A. (diligencias de f. 13 vta. y 14 y f. 14 vta.) adolezcan de los defectos legales expresados en dichas diligencias, tratándose de casas que no llevan sino libros auxiliares, por la condición ó costumbre de sus negocios;

Considerando: Que si ha habido acción dolosa en este asunto, ésta no ha sido cometida por el tercerista que compró la máquina en una casa de compraventa, donde á diario se hacen tal clase de operaciones, que aún en el supuesto de que se trate de *cosa robada* el poseedor A. tendría siempre á su favor lo dispuesto por el artículo 1187 del Código Civil, que dice en su parte final: «el verdadero dueño no puede exigir la entrega sin «desembolsar el precio pagado por el poseedor», lo que en el *leal* saber y entender del Juzgado resuelve la cuestión *sub judice*;

Es la misma disposición contenida en el artículo 562 del Código de Comercio, ¿puede argumentarse que el hecho ocurrente no se halle comprendido en ellas? De ninguna manera. El comercio actual, con sus innumerales facilidades para toda clase de transacciones, ha incorporado á su gremio esas casas de compraventa en las que se hacen operaciones sin más exigencia para el hecho de compra, que la de dar cuenta á la policía siendo sospechosa la persona.

A la casa de compraventa de don B. A. compró el tercerista la máquina Singer N. B. 1.102.111, para su casa de máquinas, en cuyo comercio se ocupa habitualmente, lo que hace aún más insospechable el acto realizado y comprobada su buena fe de comprador honesto, ya que no se ha demostrado lo contrario;

Considerando: Que por nuestra ley civil, los contratos como el de arrendamiento (á f. 1) no pueden tener efecto contra terceros, y atento á lo dispuesto por los artículos 663 Código Civil, 466 y concordantes, 843 y siguientes del Código de Procedimiento Civil;

Por tales fundamentos,

Fallo: Declarando procedente la tercería deducida; devuélvase la máquina ocupada á su poseedor don H. A., declarando de cargo de la «Compañía S. S. M.» las costas y costos de este incidente, más los daños y perjuicios que se fijan en *sesenta pesos*, dejando á salvo á la expresada Compañía los reembolsos, acciones y derechos que correspondan contra el declarado rebelde en este juicio; ejecutoriada, previa tasación y pago de costas acrecidas, archívese.

Montevideo, julio 11 de 1906.

Felipe Lacueva Stirling.

ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Señor Juez Letrado Departamental:

P. O., por la Compañía «S. S. M.», constituyendo domicilio en la calle 25 de Mayo 183 á V. S. expresando los agravios que á mi parte infiere la sentencia de primera instancia dictada en la tercería deducida por don H. A. en los autos seguidos por la Compañía de mi representación contra don F. S., digo:

Que V. S. obrando con su reconocida ilustración y rectitud se ha de servir revocar en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez de Paz de la 3.ª sección, que considero injusta en lo fundamental y más injusta aún en las condenaciones accesorias, que importan una verdadera monstruosidad.

Creo firmemente que V. S. revocará el fallo que me agravia porque no es posible suponer que triunfen ante la justicia doctrinas destinadas á favorecer los manejos fraudulentos de compradores de mala fe y castigar los actos honestísimos de una Compañía como la «S.», que no puede ser siquiera sospechada de tales actos. Para llegar á un fallo notoriamente injusto, el Juzgado inferior ha tenido que violar disposiciones expresas de la ley, dando á la posesión todo el valor de un título incuestionable, que atribuir valor probatorio á libros no rubricados, que adulterar la letra clara del artículo 1187 del Código Civil, pretendiendo finalmente imponerme una prueba negativa con olvido de los principios más elementales de derecho.

Dice el primer Considerando que la prueba producida en estos autos no deja lugar á duda de que el día 1.º de abril del corriente año don H. A. compró en la casa de compraventa de don B. A. la máquina que motiva este juicio, por el precio de veinte pesos. Que la venta se hizo el 1.º de abril no puede afirmarse, desde que según los libros no rubricados de A., la venta se hizo el 2 de abril.

Fuera de la prueba nula de los libros, no hay tampoco en autos ninguna otra prueba válida, desde que los que declaran son A. y sus dependientes y dos changadores, que ni precisan fechas, ni saben qué máquina llevaron, lo que impide toda identificación. Un solo testigo, que no es empleado de la casa, dice haber presenciado la venta, pero además de tratarse de una declaración singular, no demuestra nada porque el testigo no concreta su dicho á la máquina cuestionada, sino á una máquina en general. Cualquier persona que desapasionadamente lea esas declaraciones se convencerá de que nada prueban, desde que habiendo alegado la S. la confabulación entre A. y A., la declaración del primero y de sus dependientes de nada vale con arreglo á las leyes de la sana crítica.

La única prueba que podría legalmente invocarse es la de los libros, y esa sólo ha servido para comprobar la confabulación entre A. y A. en una forma evidentiísima. Esa prueba empieza por ser ineficaz por tratarse de libros no rubricados, que no hacen fe (artículo 67 del Código de Comercio). Los libros del tercerista y de su vendedor A. están además en contradicción, porque según los del último la operación se realizó el 2 de abril y según los del primero el 1.º de abril. Además, según los libros de A., el tercerista compró con la máquina, un farol, y en los libros del tercerista, tal cosa no aparece. Pedido el libro de caja á A. y al tercerista, los dos responden que no llevan libros de caja. Todo esto está constatado por las diligencias de fs. 12 vta. y 14 vta., sobre las que llamo la atención de V. S.

La diligencia de f. 13 vta. demuestra la confabulación señalada. En efecto: los libros que presenta A. son completamente nuevos, teniendo sólo siete fojas ocupadas y empiezan el 1.º de abril de 1906, día en que según A. se hizo la operación objeto de este litigio. Pedido el libro anterior, no pudo exhibirlo. ¿Qué decir de éste cúmulo de irregularidades y contradicciones? ¿No aparece evidenciado el fraude y la confabulación?

Y nótese que aquí, el Juzgado no habla del aviso á la policía, aviso que no dieron A. ni A., lo que importa otra nueva presunción de fraude. El Juzgado inferior no es consecuente con lo que en la misma fecha ha resuelto en la tercería de B. y C.ª.

Quiere decir, en consecuencia, que no existe la prueba que el Juzgado inferior afirma, y que la única que existe es la prueba más acabada de una confabulación escandalosa.

El tercer Considerando es el que establece que «aunque según nuestra legislación la posesión respecto de los muebles no constituye título, la posesión adquirida de buena fe hace presumible la propiedad que la S. no ha producido desde que para ello no basta que los libros de A. y A. adolezcan de los defectos legales expresados en las diligencias de autos, tratándose de cosas que no llevan sino libros auxiliares por la condición ó costumbre de su negocio!!!»

En este Considerando hay muchas cosas extrañas. En primer lugar el Juez inferior reconoce que la posesión no da título de acuerdo con nuestra ley, pero á renglón seguido destruye lo que la ley establece, con una afirmación que no tiene nada en qué apoyarse.

En segundo término, se pretende que la «S.» debió probar que la posesión del tercerista no era de buena fe. Se impone así una prueba negativa contra lo que establece expresamente el artículo 329 del Código de Procedimiento Civil. Es el tercerista quien ha invocado la buena fe de su posesión y quien debe probarlo.

En tercer término es admirable que mientras que la ley le niega todo valor probatorio á los libros no rubricados (artículo 67 del Código de Comercio) el Juez inferior los acepte con el pretexto fútil de que la costumbre y la clase de comercio hacen que las casas de que se trata, no lleven sino libros auxiliares!!! Esto importa derogar por simple capricho lo que la ley manda y eso no está en las atribuciones de ningún Juez.

El Considerando examinado se destruye á sí mismo, porque importa la confesión de la ilegalidad de la doctrina sustentada, desde que se reconoce que la ley manda lo contrario.

El Considerando siguiente, dice que el tercerista tendrá siempre á su favor el artículo 1187 del Código Civil. Con esta misma fecha, al expresar agravios en un asunto análogo, contesto ese falso argumento. En ese escrito demuestro que es el poseedor quien debe probar la buena fe de su posesión, y que si no la prueba debe ser despojado sin ninguna indemnización. De acuerdo con ese principio, la solución de esta tercera debe ser la siguiente: si se considera que el tercerista posee de buena fe, V. S. debe ordenar á la «S.» que pague el precio desembolsado por aquél, y si no reconoce esa buena fe, debe ordenar la devolución á la «S.» de su máquina sin que tenga nada que pagar. Pero en los dos casos es incuestionable que la máquina debe ser entregada á la «S., dueña incuestionable de ella.

Como el tercerista no ha probado la buena fe, como resulta al contrario la confabulación del tercerista con su vendedor, la última solución es la que se impone con toda evidencia.

La circunstancia invocada de ser este asunto idéntico á otro que ha subido en apelación al mismo tiempo, me evita mayores argumentaciones.

De las condenaciones en costas y costos y daños y perjuicios, que se fijan en varias veces el valor de lo pagado por la máquina, nada diré porque esas monstruosidades no se confirman. La doctrina del fallo es falsa como lo he demostrado; pero aunque así no fuera, ¿en virtud de qué principios legales, en virtud de qué consideraciones de equidad y de justicia podría castigarse así al robado para favorecer al comprador de la cosa objeto del delito? Hay monstruosidades que no necesitan comprobación, y esa es una.

Por lo expuesto: V. S. se ha de servir revocar la sentencia apelada desechando con costas y costos la tercera deducida y declarando en su consecuencia que A. debe devolver la máquina sin derecho á ninguna indemnización.

Otrosí digo: Que en ese escrito que presento con esta fecha, acompañe el poder que acredita mi personería y pido su desglose para agregarlo á estos autos.—V. S. se servirá tenerlo presente.

Pedro Orguet.

RAMÓN P. DÍAZ.

CONTESTACIÓN Á LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Señor Juez Letrado Departamental:

H. A., en la tercera deducida en los autos seguidos por la Compañía «S. S. M.» contra P. S., evacuando el traslado conferido de la titulada expresión de agravios presentada por la referida Compañía, á V. S. como más haya lugar digo:

Que en mérito á las consideraciones que paso á exponer, se ha de servir V. S., procediendo con la rectitud é ilustración que le caracterizan, resolver esta instancia, confirmando en todas sus partes la bien meditada y justa sentencia del Juez a quo que la contraparte pretende desconocer, empleando á falta de buenas razones, frases altisonantes é injustas é inapropiados epítetos que á buen seguro han de estrellarse contra el envidiable criterio jurídico y buen tino demostrado por V. S. en el desempeño del delicado cargo que ejerce.

No es por cierto, haciéndole el injusto cargo á la sentencia del Juez a quo de que sustenta doctrinas destinadas á favorecer manejos fraudulentos de compradores de mala fe, ni que trata de castigar los actos *honestísimos* de la Compañía «S.», ni siquiera sospechada al igual de la mujer de César,—que ha de conseguirse de V. S. la consagración del verdadero atentado contra la propiedad ajena, que ha intentado la *honestísima* Compañía al pedir que se sacara de mi poder la máquina de que estaba en posesión, por haberla comprado, y pagado su precio, según lo he probado acabadamente en estos autos.

No se conseguirá tampoco ese resultado, pretendiendo tergiversar los hechos y haciendo verdadero alarde de emplear el burdo sofisma al hacer aplicación de las disposiciones pertinentes, á falta de buenas y leales razones legales con que demostrar el derecho que pretende la *honestísima* Compañía «S.»!

Uno de los medios de resolver bien las cuestiones es indudablemente plantearlas en sus verdaderos términos, tratando de evitar intencionales desviaciones, y en este sentido conviene ante todo establecer bien los hechos, para de este modo, aplicando con criterio jurídico las disposiciones legales aplicables, llegar á las verdaderas conclusiones, que en este caso no pueden ser otras que la más absoluta consagración del fallo recurrido.

De autos resulta que estando en mi antiquísima y reputada casa de máquinas (y no de un cambalache como pretende la *honestísima* Compañía) en posesión de una máquina que había comprado y pagado su precio, se presentó el Alguacil del Juzgado de Paz y me desapoderó de la cosa.

Es de imaginarse mi sorpresa, que adquirió los caracteres de indignación, una vez que pude darme cuenta de la razón de aquel acto que revestía los caracteres de un ver-

dadero despojo. ¿Que había sucedido? Pues, sencillamente: que la titulada Compañía «S.» había presentado ante el Juzgado de Paz de la 3.ª sección, y exhibiendo un documento indebidamente llamado de arrendamiento de la máquina suscripto por un señor S., había pedido el reconocimiento de la firma que lo suscribía, y como aquél no compareciera, se le dió por reconocido y con esto y agregar la honestísima Compañía que le constaba que la máquina estaba en poder mío, pidió y obtuvo que se me sacara y depositase.

Ante todo dos palabras sobre el curioso documento exhibido.

Desde luego, el tal contrato es un arrendamiento muy original, desde que una vez pagadas las cuotas, la Compañía escritura la cosa, lo que quiere decir que eso no es arrendar sino vender a plazo. Luego, observe V. S. que hay dos firmas del titulado arrendatario, una tachada, luego no están llenadas las referencias del dorso del documento; en fin, una serie de irregularidades que francamente abonan poco en favor de la seriedad de la titulada Compañía, pero respecto de las que no insisto porque con ellas ó sin ellas, lo mismo resulta del titulado contrato, un verdadero *papel mojado* con relación á mí.

En efecto: ese papel exhibido por la Compañía, sea contrato de arrendamiento ó lo que sea, que no ha sido inscripto en ningún registro público, carece en absoluto de todo valor contra terceros; es para ellos *res inter alias*.

Pues bien: si esto es así, ¿cómo explicarse que se haya podido pretender nada menos que despojarme de la cosa comprada y pagada? Observe V. S. que la compra la verifiqué el primero de abril del corriente año, y la Compañía inició su acción contra S. el día treinta del mismo, es decir, casi un mes después de haber verificado la adquisición.

La Compañía, desconociendo con toda malicia los hechos y haciendo antojadizas interpretaciones de las disposiciones legales, se alza contra la justísima sentencia del Superior, alegando á última hora que ha existido confabulación entre A. y yo en la operación de compra. Esta afirmación que recién aparece en la expresión de agravios, no puede ser más temeraria y absurda, y solamente puede explicarse haciendo, como hace la Compañía, un comentario á piacere de toda la prueba producida por mi parte, sólo á mayor abundamiento.

En efecto: sabe V. S. que tratándose de bienes muebles, si bien nuestra legislación se ha desviado de la francesa, su modelo en general, siempre resulta que el poseedor tiene en su favor la presunción de dueño y la buena fe (inciso 1.º del artículo 624 del Código Civil).

Es por cierto lamentable la desviación que ha sufrido en este punto nuestra ley, porque es evidente que la teoría francesa es más lógica, más en armonía con la naturaleza de las cosas.

El artículo 279 del Código Civil francés dice: «En fait de meubles la possession vaut titre», lo que quiere decir que la reivindicación de objetos mobiliarios no es admisible, ni por consiguiente ninguna acción real contra los muebles, agregando Laurent que esta regla está fundada en las necesidades del comercio.

Pero en fin: dejemos establecido, como hemos dicho, que la posesión de la cosa mueble, si no vale título como en Francia, establece una presunción de propiedad; lo que importa decir que el reivindicante debe probar la mala fe y la falta de título del poseedor. La Compañía no lo ha hecho, pero en cambio he probado yo la posesión, buena fe y justo título.

En efecto: por más que la Compañía pretenda hacer ver visiones al analizar los libros, desde que ese hecho no

tiene la importancia que se le pretende atribuir, nunca podrá desconocer que se ha justificado tanto por la prueba de los libros (*solicitada por la propia Compañía*) como por los testigos *no tachados* y por el recibo reconocido, que he comprado el día primero de abril la máquina que me fué sacada treinta días después, como consecuencia de un juicio en que *nada tenía que ver*.

¿No se ha dado cuenta la insospechable Compañía, que en todo caso y suponiendo que realmente fuera la dueña de la máquina, que lo que debió hacer era iniciar juicio reivindicatorio contra el poseedor actual en vez de cometer la verdadera herejía jurídica de pedir el secuestro estando la cosa en poder de un tercero ajeno á aquel juicio? Esto es elemental, señor Juez.

La actitud de la Compañía pidiendo el desapoderamiento en el juicio contra S. importa un ineficaz error de procedimiento y envuelve un verdadero atentado contra el derecho de propiedad.

¿Quién estaría seguro de lo que ha comprado tratándose de bienes muebles, si pudiera admitirse por un instante que hay ley que autorice semejante cosa?... A buen seguro que el despojo no se hubiera consumado con tantos perjuicios por la Compañía si en vez de proceder así, se me hubiera citado en forma y se hubiera seguido el juicio reivindicatorio.

¿Qué! ¿Acaso basta emplear tres ó cuatro palabras inglesas para cubrir la mercancía y creerse á cubierto de llenar las formas procesales y con derecho para atropellar uno de los más sagrados de los derechos, como es el de propiedad?

Admitir que la titulada Compañía «S.» puede, con exhibir el papel mojado de f. 1, despojar á todo el mundo de lo que posee, sería hacer una verdadera ofensa que no lo merecen por cierto nuestras leyes, ni menos los dignos Jueces que deben aplicarlas.

Afortunadamente las cosas pasarán de otro modo, y ante la justificación que he hecho de haber comprado y pagado el precio de la cosa mueble de que estaba en posesión hacia casi un mes, nada han de valer las pretendidas alharacas de la casa «S.» para justificar el desapoderamiento de algo cuya propiedad ni siquiera ha probado, según lo veremos más adelante.

Se quiere hacer atmósfera por parte de la Compañía para demostrar la supuesta confabulación entre el tercerista y A., porque en los libros de éste aparece que la venta se realiza el 2 de abril y no el 1.º, y otras menudencias sin importancia, sin darse cuenta de que A. nada tiene que ver en este juicio de tercera, y que aún descartado todo lo que se relaciona con los libros, tanto de él como los míos que no los llevo, porque mis compras son al contado, siempre sobre prueba plena y completa de que se compró la máquina y se pagó su precio, lo que aleja toda sospecha siquiera de fraude, más supponible quizá en otros y de más fácil realización, si se admitiera que con sólo complotarse dos personas en un titulado contrato de arrendamiento, ese fuera un documento bastante para pretender desapoderar al poseedor actual de la cosa comprada. Se habla también del aviso á la Policía de la compra hecha por A. Ignoro si se ha dado ó no, por cuanto no tenía por qué averiguarlo y respecto á mí ya se ha dicho y es de repetirse que mi casa no es un cambalache, sino una casa seria establecida hace treinta y pico de años, que compra y vende máquinas y útiles accesorios y por consiguiente no está en el caso de dar aviso á nadie de sus operaciones, estando por cierto muy por encima de ciertas sospechas, mucho más que otras casas de reciente instalación y cuyos procederes abonau poco en favor de la seriedad de que alardean.

El Considerando primero de la sentencia del Inferior, está, pues, á cubierto de toda crítica, es la consagración justa y legal de los hechos y de la prueba producida por mí, sólo á mayor abundamiento, desde que en todo caso era la Compañía la que ha debido probar la confabulación que ahora alega como plato recalentado, y convencido de la inutilidad de toda la argumentación hecha en la primera instancia relacionada con la venta de cosa ajena y probablemente abandonada por algo que ya veremos al ocuparnos del título que pueda tener la Compañía para accionar como dueña del mueble reclamado.

El tercer Considerando de la sentencia establece también con toda exactitud los preceptos aplicables, al decir que si bien la posesión no es título por nuestra legislación, hace presumible la propiedad de la cosa mueble, salvo la prueba en contrario, agregando que la Compañía no ha producido esa prueba.

Este Considerando le da base al recurrente para hacer el curioso argumento siguiente: «¿Cómo se exige que pruebe el hecho negativo de que la posesión del tercerista no era de buena fe?»

Esta sencilla pregunta demuestra una vez más toda la temeridad de la Compañía. No puede ignorar ésta que la presunción que establece la ley en favor del poseedor de la cosa mueble, entraña la buena fe del mismo; luego, si aquélla confiesa paladinamente que no puede probar la mala fe (que no es prueba negativa), ¿cómo pretende justificar el desapoderamiento que ha pedido. ¿No es esto confesar con todos los honores que se está cometiendo un verdadero atentado al privar de su propiedad al poseedor de buena fe, como soy yo, desde que la Compañía declara que no ha probado que fuera de mala fe, si bien pretendiendo maliciosamente que esto importaba la prueba negativa de que no era de buena fe.

Sin querer, quizá, ha caído en sus propias redes el temerario apelante; sin querer ha confesado un hecho capitalísimo, es decir que el tercerista era poseedor, y de buena fe, de la cosa que se le sacó por pedido de la Compañía, y esto sólo bastaría para que se confirmase la sentencia recurrida con todas sus condenaciones, dada la manifiesta temeridad y malicia que revela en sus defensas, si no hubiere además otras muchas razones legales que conspiran todas á ese fin, como ha de quedar bien demostrado en este escrito.

Ha dicho también la sentencia en su tercer Considerando, que el tercerista tendrá siempre en su favor los artículos 1187 del Código Civil y 562 del Código de Comercio.

Al comentar este Considerando la defensa contraria, se produce en una forma curiosa y novedosa, diciendo que con esta misma fecha al expresar agravios de una sentencia análoga, contesta extensamente ese falso argumento.

Desde luego, podría hacer gracia de ocuparme de la contestación aludida, desde que no tengo la obligación de ir á otro expediente extraño á éste, para enterarme de lo que en él puede alegarse; pero en obsequio á la defensa contraria, me he tomado la molestia de ir á leer ese escrito, y estoy habilitado para decir con toda exactitud, que bien pude evitarme aquella incomodidad, pues aquí no se trata de cosa robada ni ha alegado semejante cosa la Compañía; de modo que toda la argumentación que se hace al rededor de los artículos 1187 del Código Civil y 562 del Código de Comercio en el escrito precitado, carece de oportunidad en este asunto, como no sea lo que se le ha dado a contrario sensu por mi parte al decir que si tratándose de un poseedor de perfecta buena fe como lo soy yo.

A pesar de todo esto, que es perfectamente claro, la Compañía, haciendo involuciones de cosas distintas, llega á esta curiosa conclusión que no puedo menos de transcribir: la solución de esta tercera debe ser la siguiente: si se considera que el tercerista posee buena fe, debe ordenar á la Compañía que pague el precio desembolsado por aquél, y si no se reconoce esa buena fe, debe ordenarse la devolución á la «S.» de su máquina, sin que tenga nada que pagar. Pero en los dos casos es incontestable que la máquina debe ser entregada á la «S.», dueña incontestable de ella».

Pues bien: ya se ha demostrado que todo esto es absurdo y contrario á la ley y á las resultancia de los autos.

La solución no puede ser otra que esta: si se hubiera probado por la Compañía la propiedad de la máquina y la mala fe del poseedor, debiera aquélla serle devuelta indudablemente; pero no habiéndolo hecho, y al contrario estando bien justificada la posesión y buena fe del tercerista y la absoluta falta de razón de la Compañía, lo que corresponde en justicia es confirmar la sentencia, consagrando así la legitimidad de una indiscutible propiedad. Para llegar á sus antojadizas conclusiones la Compañía nos habla de su máquina y de su incontestable propiedad. Pues bien, aun admitiendo que estuviera justificado debidamente que la «S.» era dueña, como lo pretende, hemos demostrado que esta tercera tendría necesariamente que ser fallada en definitiva, confirmando en todas sus partes la justa y bien meditada sentencia del Juez á quo; pero es que resulta que las afirmaciones reiteradas de la Compañía son completamente infundadas, y tan es así, que para llegar á la conclusión antedicha respecto del fallo, bastaría haber dicho á la Compañía, lo siguiente:

No existe en autos prueba alguna que justifique la propiedad de la «S.» respecto de la máquina indebidamente sacada de mi poder; todo lo que hay son afirmaciones sin base legal alguna.

En efecto: el papel de f. 1, el titulado contrato de arrendamiento ó venta á plazo de la máquina, no es un documento que pueda invocarse para justificar esa propiedad; ya he demostrado que con relación á mí, carece de todo valor; luego, pues, ¿dónde está la prueba legal de la supuesta propiedad de la Compañía? ¿O acaso las compañías extranjeras gozan del privilegio de que sus afirmaciones bastan para probar la propiedad de lo que reclaman?

Al estudiar estos autos se encuentra V. S. con ese vacío, con la falta absoluta de toda prueba respecto á la invocada propiedad de la máquina que fué sacada indebidamente de mi poder, pero sea lo que fuere, es incontestable que en el mejor de los casos, para resolverse en favor de aquélla esta tercera, habrá necesariamente que admitir que goza, como he dicho, del raro privilegio de que sus simples afirmaciones son bastante prueba para justificar la propiedad invocada! Luego, pues, dado lo expuesto, en vez de la antojadiza conclusión á que llegaba la Compañía, según lo ante transcripto, habría que llegar á esta: no habiéndose justificado siquiera por la «S.» que sea propietaria de la máquina reclamada, es incontestable que debe ser necesariamente confirmado en todas sus partes el fallo reclamado.

Resumiendo, puede establecerse lo siguiente: Que la Compañía «S.» no ha podido legalmente pedir el desapoderamiento de la máquina comprada por mí en el juicio iniciado contra S. y en el que era completamente ajeno.

Que en todo caso, ha debido la Compañía iniciar juicio reivindicatorio contra el poseedor del mueble reclamado, y justificados debidamente su propiedad y su derecho habría podido obtener la entrega reclamada.

Que el desapoderamiento realizado como consecuencia del juicio contra S. importa un verdadero atentado contra mi propiedad.

Que aun cuando entrados al juicio de tercería, la prueba de la mala fe correspondía á la Compañía, esa prueba no se ha producido, y en cambio yo he justificado debidamente y á mayor abundamiento la posesión y Luena fe.

Que aun cuando nada de esto se hubiere probado, no existiendo en autos prueba alguna legal de que la Compañía sea la dueña de la máquina, á no ser las simples afirmaciones de la misma, carecería aquélla de todo derecho para pedir el desapoderamiento. Teniendo en cuenta, pues, esas conclusiones, y lo demás alegado, es evidente que al resolverse esta instancia confirmándose la sentencia recurrida, deben confirmarse también necesariamente las condenaciones anexas como legítima sanción á los proceder poco escrupulosos, temerarios y maliciosos con que ha procedido la Compañía en este juicio, que importa, como lo he repetido, un incalificable atentado contra la propiedad. Esas condenaciones se imponen, á pesar de todas las declamaciones huecas con que la contraparte pretende impresionar á V. S., porque así lo manda la ley (artículo 949 del Código de Procedimiento Civil) y lo exige la más estricta justicia, y lo único que podría observarse es que la cantidad fijada por el Juez *a quo* para responder á los daños y perjuicios, está muy lejos de compensar los que me ha ocasionado la Compañía con su proceder ilegal y arbitrario.

¿Acaso, con sesenta pesos, puede considerarse compensado el perjuicio y el daño ocurrido á una casa seria y de intachable reputación como es la mía, establecida en el país *hace más de treinta años* y á la que se le sacan por la justicia sus existencias?

Aun prescindiendo del perjuicio material ocasionado, el daño moral, tan sólo, de que es perfectamente responsable la Compañía, ha debido y debe ser retribuido con una mayor cantidad, y de ahí que respecto de este punto si algo pudiera observarse es la benignidad con que han sido fijados por el Juez *a quo*.

Excuso agregar otras consideraciones que estarían de más agregar, tratándose de un Juez recto é ilustrado como lo es V. S.

En mérito de lo expuesto y demás favorable, á V. S. pido: Que habiendo por contestados los supuestos agravios, se sirva en definitiva confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida, pues es así de justicia, etc.

Otrosí, evacuando la vista conferida á fs. 48 digo: Que al fallecimiento del señor S., ha quedado la señora viuda y sus hijos menores, que tienen su domicilio en la calle Municipio esquina Sierra. Se denuncia al efecto de que se le notifique á la señora viuda doña A. O. de S. por sí y en representación de sus hijos, las providencias pendientes y ulteriores, librando al efecto el oficio del caso al Juez de Paz que corresponda.

Será justicia.

Otrosí digo: Que V. S. ha de servir imponer á las partes la obligación de comparecer cada tres días á la Oficina á oír providencias, bajo el apercibimiento previsto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

Será *ut supra*.

Montevideo, septiembre 3 de 1906.

C. M. RIVIÈRE.

H. A.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Vistos en segunda instancia los autos seguidos por la Compañía «S. M.» contra don P. S. y tercería de dominio deducida por don H. A. sobre entrega de una máquina de coser; venidos en apelación interpuesta por la Compañía contra la sentencia del señor Juez de Paz de la 3.^a sección, doctor L. S.;

Resultando: Que la máquina ocupada y depositada fué comprada por el tercerista A. en una casa de compraventa;

Considerando: Lo dispuesto en los artículos 624, 651, 655, 661 y 1187 del Código Civil,

Y por los fundamentos de la sentencia apelada, se confirma con costas y devuélvase.

Montevideo, julio 1.^o de 1906.

Francisco M. Castro.

Jurisprudencia extranjera

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan, por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato.¹

(Continuación)

a) Pasemos ahora á los Estatutos de la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», y veamos si el contrato que celebran los suscriptores al ingresar á la Caja es aleatorio, y en qué consiste el álea.

Ingresa hoy, atacado de una enfermedad incurable, ó sano y robusto y vendiendo salud, de siete ó de ochenta años, y todo esto no le importa á la Caja, paga dos mensualidades, ó cien, ó las que correspondan á un decenio ó á un veintenio, y muere al día siguiente, mañana.

Supongamos, Exema. Cámara, (la suposición no tiene nada de agradable) que la actora, doña Rosa, que ha pagado diez años (suscritora de la Caja Especial) suponemos que doña Rosa tuviese la desgracia de morir—que no suceda—¿qué ocurriría?

¿Pierden sus herederos lo que ella abonó? ¿Gana la Caja la plata de doña Rosa? No, Exema. Cámara: al día siguiente del fallecimiento y justificando los herederos que lo son, la Caja Internacional les entrega todo lo que ella pagó, siempre, naturalmente, que no hayan trascurrido más de diez años, y por lo tanto que no haya empezado á cobrar la pensión.

«Art. 54. Cualquiera suscriptor de la Caja General ó de la Especial tiene derecho al reembolso de las cuotas abonadas al fondo de pensiones, al fondo de reembolso y al fondo disponible, en el caso de que su fallecimiento acaezca antes del término establecido para obtener la pensión».

A los diez años y un día se enferma doña Rosa—que tampoco suceda—y muere.

1. Véase pág 346 del número anterior.

¿Podrían los herederos repetir lo pagado por ella? No, Excm. Cámara. El contrato está terminado, sostuvo doña Rosa, y el señor juez a quo, faltando sólo la escritura pública, que manda otorgarse.

¿Dónde está, pues, el álea, en qué se parece este contrato al juego ó á la apuesta, y en qué caso podría aplicar el artículo 2112 del Código Civil?

En ninguno, Excmo. Señor, porque no siendo aleatorio, porque no dependiendo el riesgo de la vida de la persona, á diferencia de lo que acontece en el contrato oneroso de renta vitalicia, si muere se devuelve al dinero.

Si, podría responderse, pero es un contrato oneroso de renta vitalicia á producir recién sus efectos dentro de diez años, y el álea aparece en ese entonces... ¿Cómo un contrato oneroso de renta vitalicia que no sea aleatorio en el momento de celebrarse y quedar concluido, pues según doña Rosa y el señor Juez a quo, al pagar el decenio el contrato quedó terminado?

b) El contrato oneroso de renta vitalicia, es una verdadera venta en la cual la renta es la cosa vendida y el precio la suma de dinero entregada por el adquirente. Y cuando no es dinero sino cosas, ellas son las vendidas, y el precio, la renta. (Tropiong, números 209, 216 y 217; Duranton, números 120 y 121).

Una renta viajera puede ser constituida á título oneroso mediante una suma de dinero ó por una cosa mueble apreciable, ó por un inmueble. En todos estos casos, la constitución de la renta viajera no es más que una manera de venta aun cuando sea hecha á cambio de dinero, porque el dinero es susceptible de ser alquilado ó vendido como todas las otras cosas que están en el comercio. Se le alquila cuando se lo presta á interés; se le vende cuando se enajena la especie principal mediante una renta (discurso de M. Portalis, Simeón y Duveyrier).

Para Pothier, *Constitution de rente*, núm. 215, es un contrato por el cual uno de los contratantes vende al otro una renta anual y cuya duración está limitada á la vida de una ó varias personas de cuya renta se constituye el deudor por una cierta suma que recibe como precio de la constitución.

Goyena en el artículo 1703 define la constitución de renta vitalicia en estos términos: es un contrato aleatorio, cuando el deudor queda obligado á pagar una pensión ó rédito anual, durante la vida de una ó más personas determinadas, por un capital en bienes muebles ó inmuebles cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión, la cual se extingue con la muerte del pensionista.

Nuestro Código Civil en su artículo 2107, legislando sobre la capacidad para contratar la constitución de una renta vitalicia, distingue según que sea dinero ó cosa, lo que se entregue.

Si dinero, el que tuviese capacidad para hacer empréstitos; si cosa, el que tuviera para vender.

El artículo ha sido tomado de Freitas (artículo 2240) y por ello empleo el término empréstito—empréstitos—por mutuo ó empréstito de consumo, y como sólo hay disposiciones aisladas, referentes á la capacidad que se reclama para dar en mutuo, en los casos en que expresamente no se diga quién la tiene, debe estarse á lo establecido sobre incapacidad para contratar.

Nótese, aun cuando sea innecesaria la observación, que no digo que el contrato oneroso de renta vitalicia y el de compra y venta sean idénticos; tienen sus diferencias; pero sí, sostengo que pueden equipararse en uno de sus efectos supremos.

De todos modos, si lo anterior fuese discutible, no lo es, y en cambio resulta ser evidéntísimo, que el que recibe el dinero ó la cosa, adquiere la propiedad de un modo definitivo y absoluto, hay enajenación irrevocable, como dice Pont, número 674, de parte del adquirente de la renta.

Si cuando hay dinero se equipara al mutuo, pasa á ser (artículo 2279 del Código Civil) de propiedad del mutuario; para él perece de cualquiera manera que se pierda.

De todos modos insisto, Excm. Cámara—y sin entrar en las distinciones que hacen los escritores franceses, comentando el Código de Napoleón según sea dinero ó cosa lo que se entregue, porque esas distinciones no caben en presencia de nuestro artículo 2105,—insisto, decía, que sea dinero ó cosa lo que se entregue, pasa el dinero ó la cosa á ser de propiedad del que la recibe, del obligado á pagar la renta, y la pierde á esa propiedad totalmente el que la da.

No le queda sino un derecho personal, de demandar el pago de las prestaciones ofrecidas.

Nuestro Código establece, artículo 2122: «La falta de pago de las prestaciones no autoriza al acreedor á demandar la resolución del contrato si no fué hecho con pacto omisorio. El solo tendrá derecho para demandar el pago de cada una de las prestaciones no pagadas, como se procede contra cualquier deudor de sumas de dinero».

Este artículo es una consecuencia del sistema que informa nuestro Código sobre contratos, sistema que reclama el pacto expreso que autorice á una de las partes á disolverlo si no lo cumpliere, porque de otro modo él subsiste y sólo puede exigirse su cumplimiento (artículo 1238 del Código Civil) y también es una consecuencia del sistema que le informa sobre derechos reales.

c) Pasemos ahora á los Estatutos de la «Caja Internacional Mutua de Pensiones», y veamos si á semejanza de lo que ocurre en el contrato oneroso de renta vitalicia, el suscriptor deja de ser dueño del dinero que entrega ó de su equivalente, en cambio de la pensión que recibe, ó si por el contrario continúa siendo su dueño y señor.

Dice á la letra el artículo 5.º de los Estatutos:

«En caso de disolución de la Sociedad, ya sea antes del término fijado para su duración, ó al finalizar éste, los capitales acumulados con sus respectivos intereses compuestos, serán repartidos entre los suscriptores sobrevivientes en proporción de las respectivas cuotas con que hayan contribuido y del número de meses que tengan abonados».

Los suscriptores, insisto, Excm. Cámara, son los únicos dueños del dinero que pagan, y con una parte del cual se forma el fondo de pensiones, y cuando hayan votado las dos terceras partes de los suscriptores que se encuentren al corriente en el abono de sus cuotas, cuando hayan votado favorablemente por la disolución de la sociedad ese número de suscriptores, la sociedad se disuelve, y todos se reparten como dueños que son de los bienes acumulados por ellos.

Las autoridades de la Caja—accionistas—no hacen sino administrar esos bienes que pertenecen á los suscriptores, porque, repito por tercera ó cuarta vez, ellos no transmiten el dominio de su capital, sino lo entregan para que se compren bienes raíces ó se les coloque en primeras hipotecas, y mientras no se le dé ese destino, deben depositarlo en un banco de la Capital Federal (véase artículo 50).

En el contrato oneroso de renta vitalicia, el obligado á pagar la renta, desde el momento que recibe el dinero

ó la cosa del acreedor de la renta, adquiere, como ya lo dije, un *derecho de propiedad* y puede hacer de ese dinero ó de esa cosa lo que le plazca; mientras que en la Caja Internacional no se hace sino administrar el dinero, invertirlo en bienes raíces y en hipotecas, percibir los alquileres ó los intereses y dividir esos alquileres ó intereses entre los suscriptores, quienes son, en el último extremo, los dueños del inmueble ó los acreedores del crédito hipotecario, según el destino que se haya dado.

La diferencia es profunda y substancial, y no se trata de una simple modalidad ó de un elemento accidental.

d) En el contrato oneroso de renta vitalicia, uno de los contratantes se obliga hacia una ó muchas personas á entregarles una suma *fija* de dinero en períodos determinados, durante la vida del ó de los individuos designados en el contrato.

Por eso dice nuestro Código Civil en su artículo 2104 «... se obliga hacia una ó muchas personas á pagarles una renta anual».

La prestación no puede consistir sino en dinero (artículo 2103 del Código Civil) y cualquier otra prestación en frutos naturales ó en servicios será pagadera por su equivalente en dinero.

La renta debe ser una suma *determinada* de antemano.

La naturaleza, el origen, el fin, el papel que desempeña este contrato, así lo exige.

Cuando un hombre entrega á otro, dinero ó cosa mueble; cuando el indigente, el enfermo ó viejo (como se expresa Goyena para defender la existencia de este contrato) que funda su único medio de existir en la misma fragilidad de su existencia, y vende para vivir el último momento de su vida, sabe con cuánto va á contar en lo sucesivo, y á su vez el otro cuánto va á tener que desembolsar.

Esto es evidéntísimo; los contratantes hacen su cálculo, tomando como medida el valor de los bienes, la duración probable de la vida y las cantidades periódicas á pagar.

Y dejando á un lado los sofismas, y razonando á base de verdad y lógica, nadie negará que este contrato no existiría ni habría para qué existir, si el obligado á pagar la renta no dijese *cuánto va á abonar periódicamente*, pues el que da su dinero ó su bien—por lo general todo lo que tiene—es porque de antemano ha hecho un presupuesto de sus necesidades.

Esto está lejos de ser una novedad. Portalis, Simeón, Duveyrier, Goyena, Troplong, Duranton, etc., etc., cuando se hacen eco de los lados vulnerables de este contrato y oponen los motivos para mantenerlo en la legislación, enseñan esto que los Códigos consagran.

No sería un contrato oneroso de renta vitalicia, aquel por el cual una persona le entrega á otra una cantidad de dinero para que la coloque á interés, percibe el interés y se lo devuelve á ella.

No habría contrato oneroso de renta vitalicia, cuando una persona le traspasa á otra una suma de dinero para que le cobre un inmueble, perciba los alquileres, y le entregue el producto. No, esto es un simple mandato.

Dejemos el Código Civil, y contemplemos este nuevo carácter dentro de los Estatutos de la Caja Internacional.

e) ¿Qué renta ó pensión acuerda la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» al suscriptor que habiendo pa-

gado diez ó veinte años según pertenezca á la Caja Especial ó General, esté en condiciones de gozar de este derecho?

Si es de la Caja Especial, que paga mensualmente siete pesos, se sacan dos pesos, los cuales se dedican para gastos de administración, fondo de reembolso y otros más, y los cinco restantes, van al fondo de pensiones, capital inamovible, que se invierte en compra de bienes raíces y primeras hipotecas; á esos cinco pesos hay que agregar los intereses compuestos, más la mitad de las multas que paga el suscriptor moroso, que también se emplean en adquisición de inmuebles, ó se los coloca en hipotecas, y el monto de los intereses anuales (artículos 67 y 68 de los Estatutos) se dividirá entre los suscriptores sobrevivientes que hayan cumplido el decenio, *proporcionalmente á las cuotas abonadas por los mismos*.

Ese capital acumulado no se toca para nada, pertenece á los suscriptores y ellos no pueden disfrutar sino de los intereses, y cuando se hayan elevado á la cantidad considerable, el *máximo* de la pensión no podrá exceder de dos mil pesos (artículo 69) por cada cuota de suscripción, y si hubiese excedente, se añade á los intereses á repartirse en el año venidero ó en lo sucesivo (artículo 70).

El suscriptor, pues, sabe al ingresar á la Caja, que disfrutará de una pensión, pero ignora su monto (sólo conoce el máximo) é ignora el monto porque él depende del número de suscriptores que ingresen, de los que caduquen, de los que mueren, de los intereses que reduce el dinero, etc., etc.

He aquí otra diferencia substancialísima con el contrato oneroso de renta vitalicia, que no es sino una consecuencia inmediata de la índole y naturaleza de la Caja Internacional.

En un parágrafo, cuando á grandes rasgos me ocupe de la organización de la Caja, todo esto resultará con más claridad.

Por ahora basta saber que, mientras en el contrato oneroso de renta vitalicia *á cambio de dinero ó del inmueble que pasa á ser de propiedad de uno de los contratantes*, éste paga una suma *fija* y periódica del dinero, en la Caja Internacional, se le da al suscriptor los intereses de su dinero, más los intereses de otras sumas que provienen de multas ó recargos, etc., etc., *cantidades variables*, y el suscriptor continúa siendo dueño y propietario de ese dinero ó de los bienes en los cuales se le invirtió.

f) El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sino por escritura pública y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, ó por la tradición de la cosa en que consistiese el capital (artículo 2105 del Código Civil).

Es, pues, un contrato real, y prescindiendo de la escritura pública, para que no se me observe que incurro en una petición de principios, el suscriptor de la Caja para tener derecho á la pensión, para dejar terminado el contrato, debe entregar el dinero en que consistiese el capital.

El señor Juez *a quo* ha fallado que el contrato celebrado con doña Rosa ha quedado concluido, faltando sólo la escritura pública para su perfeccionamiento; equivale, que ha hecho entrega del dinero en que consiste su capital.

¿Cuál es el capital que debe entregar doña Rosa á la Caja Internacional? Ochocientos cuarenta y tres pesos, según se desprende de la sentencia del señor Juez *a quo*.

La actora en su escrito de demanda, párrafo I, capítulo «Hechos», f. 10, se expresaba así: «Mi mandante ha celebrado un contrato con la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» para la constitución de una renta vitalicia por la cual, mediante el pago de un capital de ochocientos cuarenta y tres pesos moneda nacional, la Compañía se obliga á darme, á los diez años, contados desde la fecha del pago, una pensión anual vitalicia, que, en el mejor de los casos no excederá de dos mil pesos moneda nacional y en el peor de los casos será de un equivalente en minimum del cincuenta por ciento del capital entregado por mi mandante ó sean cuatrocientos veintinueve pesos con cincuenta centavos moneda nacional».

Después vendrán las falsedades de este aserto; por hoy vamos al capital.

La actora y el señor Juez, y no puede ser por menos en presencia de la disposición recordada (artículo 2105), están contestes en que el contrato quedó concluido por haber pagado el capital.

¿Ha pagado doña Rosa el capital? No, Excm. Cámara; doña Rosa debe parte del capital y lo deberá mientras viva, así, mientras viva y cobre la pensión, porque el pensionado debe abonar hasta su fallecimiento las cuotas mensuales, como imperativamente establece el artículo 75 de los Estatutos.

Y es así, en la Caja Internacional y en todas las de su índole, porque no puede ser de otro modo. ¿Si se trata, Excm. Cámara, de una sociedad de socorros mutuos, en que la suerte de un suscriptor depende de la operación de todos los suscriptores!

En el contrato oneroso de renta vitalicia se entrega un capital fijo, determinado, y en cambio se recibe una pensión fija y determinada, en dinero; en la Caja Internacional, ni el capital que se entrega es determinado ni susceptible de determinación, la pensión que se cobra.

Más: sin que sea indispensable, así como lee la Excm. Cámara, sin que sea necesario la entrega del dinero en que consistiese el capital, en la Caja Internacional se tiene el derecho de adquirir la pensión.

El artículo 78 de los Estatutos reza lo siguiente:

«Cualquier suscriptor que haya sufrido un accidente en el trabajo, y quede absolutamente impotente para volver á ejercerlo en lo sucesivo, y que el Comité de Prohombres lo haya reconocido imposibilitado de satisfacer ulteriormente las cuotas mensuales, podrá ser conservado en el rol de la sociedad gratuitamente por el equivalente de una cuota. Al término de los veinte años de suscripción si está inscripto en la Caja General, ó de los diez años si está inscripto en la Caja Especial, será acreedor á percibir su pensión en la misma forma que los demás».

IX

Coronemos el cuadro de las diferencias, estudiando las bases en que reposa la Caja Internacional, su organización.

«La idea que inspira á «Les Prévoyants de l'Avenir», decía M. Chatelus, su fundador y presidente, y de perfecta aplicación á la Caja Internacional, es de una extrema sencillez.

«Cada uno de nosotros sacrifica un franco por mes para constituir un capital objetivo, inalienable y que aumente indefinidamente, cuyas rentas pueden asegurar las primeras necesidades de la vida á todos los franceses del porvenir, que harán el mismo acto de solidaridad, el mismo acto de previsión que nosotros. Nada más».

La Caja Internacional, copiada de «Les Prévoyants de

l'Avenir», reposa sobre esa idea sencillísima anotada por M. Chatelus.

Cada persona, cada suscriptor sacrifica mensualmente siete pesos ó un peso cincuenta centavos para constituir un capital colectivo inalienable, que aumenta indefinidamente, y las rentas de ese capital después de diez años ó veinte años, se divide entre ellos periódicamente cada seis meses, en proporción á las cuotas por los mismos abonadas. El alcance de la pensión nunca podrá exceder á la suma de dos mil pesos (artículos 30, 67, 68, 69, 70 y 71).

Si fallece el suscriptor antes del decenio ó del veintenio, se entregará lo que haya pagado á sus herederos, siempre que reclamen dentro del año á contar desde la fecha de la muerte del causante (artículos 54 y 55).

Para establecerse y funcionar esta sociedad, exija un capital tanto más imprescindible cuanto que debía revertir el carácter de anónima (artículo 33-5.º del Código Civil y 318 del Código de Comercio). Y por ello nace el elemento accionista, cuyo rol es necesario conocer para no incurrir en confusiones lamentables.

Los accionistas son los administradores de la sociedad, de los bienes de la sociedad, bienes que pertenecen exclusivamente á los suscriptores.

El suscriptor mantiene dos clases de relaciones dentro de la sociedad, distintas y diversas: Una con el accionista, su mandatario; otra con el suscriptor, su condeño, copropietario en los bienes de la institución.

Los accionistas, que han puesto su dinero para la fundación de la sociedad, y que están obligados á administrarla, pues de su seno nace el Consejo de Administración, que están en el deber de atender todas las necesidades de la sociedad, porque los suscriptores sus dueños, no pueden manejar los bienes,—los accionistas, decía, disponen, cuando ejercen autoridad, de una parte insignificante del capital puesto por los suscriptores, capital que es de ellos y nada más que de ellos.

(Continuará).

CRÓNICA

Ejecución de sentencias extranjeras

He aquí el texto del convenio celebrado entre España y Colombia sobre la ejecución de sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales y Jueces de ambos países. El convenio fué celebrado el 30 de mayo de 1908 y ratificado en 16 de abril de 1909:

Artículo 1.º Las sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes, serán ejecutadas en la otra, siempre que reúnan los requisitos siguientes:

Primero. Que sean definitivas y que estén ejecutorias como en derecho se necesitara para ejecutarlas en el país en que se hayan dictado.

Segundo. Que no se opongan á las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución.

Art. 2.º La primera de las circunstancias á que se refiere el artículo anterior, se comprobará por un certificado expedido por el Ministro de Gobierno ó de Gracia y Justicia, siendo la firma de éstos legalizada por el correspondiente Ministro de Estado ó de Relaciones Exteriores y la de éste á su vez por el Agente Diplomático respectivo, acreditado en el lugar de la realización.

Art. 3.º Antes de ejecutarse la sentencia deberá oírse al Ministerio público ó fiscal, de acuerdo con las leyes de cada uno de los dos países contratantes; y contra el auto ó sentencia que dictare el Tribunal requerido, no podrá interponerse apelación.

Art. 4.º El presente Convenio será ratificado conforme á las respectivas legislaciones, y las ratificaciones se canjearán en Madrid tan pronto como sea posible, permaneciendo en vigor hasta un año después del día en que una de las Altas Partes contratantes lo denunciare en todo ó en parte.

«Sociedad de Legislación comparada», de los Estados Unidos de América

Ha sido fundada en agosto de 1907 por la Asociación de Abogados americanos, que estiman con razón que el estudio de las legislaciones extranjeras es la mejor preparación para los debates jurídicos verdaderamente dignos de tal nombre, y que la comparación entre instituciones diversas da al hombre las condiciones de espíritu necesarias al examen interesante de los textos y de los hechos que es llamado á discutir.

Con este fin el *Comparative Law Bureau of the American Bar Association*, publica un boletín anual en el que se inserta, con el título de leyes extranjeras, un resumen de los libros de Derecho y de revistas jurídicas; proponiéndose publicar traducciones de leyes extranjeras que ofrezcan interés general, y estudios especiales sobre las cuestiones de actualidad. Todos los años se celebrarán reuniones para discutir temas de Derecho comparado.

El primer Boletín anual apareció el mes de julio del pasado año, y contiene un examen crítico de algunas obras de Derecho internacional publicadas en París, Tokio, La Haya, Zurich y Berlín; un excelente trabajo sobre los efectos de las convenciones relativas á la restricción de la concurrencia industrial en Francia, Alemania ó Inglaterra, debido á la pluma del Secretario de la Sociedad, M. William W. Smithers. El resto de la revista, en una extensión de unas cincuenta páginas, está dedicado á las legislaciones austriaca, belga, china, francesa, alemana, inglesa, italiana, japonesa, sudamericana, portuguesa, rusa, española, suiza y turca.

Un periódico de penados

«La Revista de las Prisiones», importante publicación que se edita en Madrid, da la noticia de la existencia de un periódico redactado por los presos de una de las cárceles públicas españolas.

La curiosa hoja de publicidad circulaba entre los aislados en la cárcel y contenía, además de noticias generales, avisos tan originales como los siguientes:

«Escuela práctica. Se enseña admirablemente los lucrativos oficios de randa, colillero, descuidero, etc. Segunda galería, núm. 143».

En otro se anuncia: «Dinero por ropas, mantas y camastros. No se dan papeletas. Segunda galería, núm. 380».

Como puede suponerse, el Director General de la cárcel ordenó el cese del referido periódico.

«Instituto iberoamericano de Derecho positivo comparado»

Se acaba de echar los fundamentos en Madrid de una asociación jurídica de evidente utilidad y de suma importancia para todas las naciones americanas.

La idea de la formación de este Instituto fué esbozada ya en épocas anteriores, pero no había podido materializarse todavía por razones de distinta índole.

Hoy, bajo la presidencia del rector de la Universidad de Madrid, don Rafael Conde y Luque, y del presidente del Tribunal Supremo, don Eduardo Martínez del Campo,—un grupo selecto de jurisperitos ha decidido llevar á la práctica la realización de aquella idea, constituyendo definitivamente la nueva asociación que llevará el nombre de «Instituto iberoamericano de Derecho positivo comparado».

Los fines que se propone conseguir la institución son:

1.º Facilitar las comunicaciones frecuentes y recíprocas entre los profesionales y las asociaciones jurídicas.

2.º Promover y favorecer entre los pueblos iberoamericanos los estudios y discusiones de los problemas jurídico-sociales de actualidad, tendiendo á unificar ó al menos á armonizar las resoluciones de los mismos y su conversión en reglas de derecho positivo.

3.º Facilitar el conocimiento recíproco de las leyes más importantes de los países civilizados y de la literatura jurídica.

4.º Favorecer la publicación ó bien publicar directamente una revista, en la que se dé cuenta del movimiento legislativo universal (con preferencia, el de los Estados iberoamericanos) y que sea, al propio tiempo, órgano del Instituto.

«La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración»

SUMARIO DEL N.º 23—AÑO XV

LEY DE MARCAS DE FÁBRICA Y DE COMERCIO, pág. 353.

JURISPRUDENCIA:

Las manifestaciones hechas en el veredicto por el Jurado, de que hubo legítima defensa, no obligan á los Jueces de derecho; pudiendo éstos apreciarlas para ver si reúnen los requisitos que la ley estatuye para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad, pág. 356.

—La ley no ha fijado una duración determinada para los remates públicos,—siendo, por consiguiente, válida la venta realizada en remate, aunque éste no haya durado sino breves minutos, siempre que se haya cumplido con las formalidades legales y no se mejoraran más las ofertas, pág. 357.

—Corresponde á los Actuarios el permitir ó prohibir, según las circunstancias, el examen de los expedientes,—desde que ese derecho es concedido por la ley sólo á las partes, á sus apoderados ó al Ministerio público, pág. 358.

—Es procedente la tercera de dominio fundada en la posesión de un bien mueble adquirido de buena fe, lo que hace presumible la propiedad, salvo la prueba en contrario que no se ha producido, pág. 359.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA:

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato, pág. 364.

CRÓNICA:

Ejecución de sentencias extranjeras, pág. 367.

«Sociedad de Legislación comparada», de los Estados Unidos de Norte América, pág. 368.

Un periódico de penados, pág. 368.

«Instituto iberoamericano de Derecho positivo comparado», pág. 368.

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACION

PUBLICACIÓN QUINCENAL

DECLARADA ÓRGANO DE LA "ASOCIACIÓN JURÍDICA DEL URUGUAY"

DIRECTORES:

Dr. JOSÉ PEDRO MASSERA ||| Dr. DANIEL GARCÍA ACEVEDO

COLABORADORES

Dr. Acevedo, Eduardo.
» Acosta y Lara, Federico E.
» Aguirre y González, Juan
» Alburquerque, Pedro F.
Sr. Alonso, Manuel R.
Dr. Arcos Ferrand, Samuel.
» Arocena, Alejo.
» Artagaveytia, Adolfo.
» Berro, Carlos A.
» Berinduague, Martín.
» Brito del Pino, Eduardo.
» Brignole, Atilio C.
» Cardoso, Agustín.
Sr. Cardozo Carvalho, Luis.
Dr. Casaravilla, Jacinto.
» Castro, Juan P.
» Castilla, Serapio del.
» Capella y Pons, Francisco.
» Cremonesi, José.
» Coustau, Juan (B. Aires).
» Cubiló, Justo.
» De-Maria, Pablo.
» Decoud, Adolfo.

Dr. Díaz, Pedro.
» Díaz, Teófilo Eugenio.
» Díaz, Ramón.
» Escalada, Federico.
» Escudero Juan Antonio.
» Fernández, Elbio.
» Figari, Pedro.
» Freitas, José A. de
» García Acevedo, Carlos.
» García Acevedo, Ildefonso.
» García Lagos, Alberto.
» Geille, Enrique.
» Giribaudi Heguy, Juan.
» González, Domingo.
» Guíllot, Alvaro.
» Graña, Julián.
» Grana, Ovidio.
» Herrera y Obes, Julio.
» Herrera y Reissig, Manuel.
» Leite, Solidonio (R. Janeiro).
» Lenzi, Carlos.
» Lago, Juan M.
» López Lomba, Ramón.

Dr. Martínez, Martín C.
» Martínez Páez, A.
» Márquez, Alberto A.
» Melián Lafinur, Luis.
» Moratorio, Angel J.
Sr. Márquez, Joaquín U.
Dr. Mendivil, Javier.
» Pérez Martínez, Ruperto.
» Pacheco, Alfonso.
» Pacheco, Alvaro.
» Pena, Carlos M. de
» Perdomo, Tomás J.
» Pereyra Núñez, Mariano.
» Pernín, Alfredo J.
» Piedra Cueva, Pablo.
» Piaggio, José T.
» Ramírez, José P.
» Ramasso, Ambrosio Luis.
Sr. Ramos Montero, Dionisio.
Dr. Ramos Suárez, Dionisio.
» Rodríguez, Antonio M.
» Roubaud, Eduardo.

Dr. Sa Vianna, M. A. de
(Río de Janeiro)
» Salgado José.
» Sarachaga, Julián F.
» Sierra Carranza, José.
» Sierra, Mauro.
» Terra, Arturo.
» Terra, Gabriel.
» Terra, Duvimioso.
» Tió, Dalmiro.
» Vaeza Ocampo, Alberto.
» Vargas, Eduardo.
» Varela, Luis.
» Varzi (hijo), Pablo.
» Velasco, Eladio A.
» Vidal (hijo), Blas.
» Vigil, Antonio E.
» Vivas Cerantes, Damián.
» Williams, Claudio.
» Wilson, Guillermo.
Sr. Ximénez, Isaías.

Dirección: CALLE ZABALA, núm. 177

AÑO 15

MONTEVIDEO, 31 DE AGOSTO DE 1909

NUMERO 24

Doctor Luis Piñeyro del Campo

Acaba de fallecer en Europa, el 22 del corriente mes, el doctor Luis Piñeyro del Campo.

De robusta inteligencia, de carácter enérgico y altivo, de elevada educación y de exquisita cultura, el doctor Piñeyro del Campo había sabido formarse una justa y envidiable reputación, y granjearse el afecto de sus conciudadanos.

Graduado doctor en Derecho siendo todavía muy joven, el doctor Piñeyro del Campo logró conquistar dignamente un puesto entre los elementos más salientes del foro nacional. Ocupó la cátedra de Derecho Civil Romano, en la Universidad, en el desempeño de la cual se distinguió notablemente por la claridad y metódica exposición de sus ideas y por el dominio de la asignatura en que bebieron muchísimas generaciones los principios jurídicos que debían ayudarles más tarde y servirles de sólido fundamento para el estudio de las legislaciones civiles modernas. Siempre supo hacer interesantes y animados los cursos que dictaba, suscitando

do controversias, armonizando opiniones y formando el criterio jurídico de sus jóvenes alumnos que se iniciaban en el vasto estudio del Derecho.

Si señalados fueron sus servicios prestados á la causa de la enseñanza universitaria,—dignos y grandes fueron también los que prestara, con toda la sinceridad de su espíritu generoso y altruista, en la noble tarea de la beneficencia pública.—Miembro de la Comisión Nacional de Caridad, dedicó al desempeño del alto cargo todas las energías y los esfuerzos de una voluntad férrea, que subordinó siempre á su amplio criterio humanitario.

Nombrado Ministro de Relaciones Exteriores bajo la presidencia de Idiarte Borda, abandonó al poco tiempo la cartera, obligado á ello por las imposiciones depresivas del gobernante, á las que no quiso someterse, dando un hermoso ejemplo de altivez cívica, que le granjeó la aprobación y la estima de todos los buenos ciudadanos.

Hombre eminentemente útil al país, digno jefe de un virtuoso hogar,—el fallecimiento del doctor Piñeyro del Campo ha sido justamente deplorado en todos los círculos.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia argentina

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan, por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato.¹

(Continuación)

El suscriptor de la Caja General paga mensualmente un peso cincuenta centavos. Se toma un peso, que va al capital inamovible (artículos 47 y 49), y los otros cincuenta centavos se dividen en dos: 0.25 al fondo de reembolso (artículo 54), fondo creado para restituir á los herederos del suscriptor fallecido antes de empezar á cobrar la pensión, y 0.25 á lo que se conoce con el nombre de capital disponible y que se le dedica á los siguientes fines:

1.º Para pagar todos los gastos de la sociedad: alquileres, empleados, avisos, impuestos, etc., etc.

2.º Para pagar los premios á los suscriptores que resulten agraciados por la suerte en el sorteo que todos los años se hace, con intervención de escribano público, premio que nada tiene que ver con la pensión (artículos 58 al 65).

3.º Para pagar los gastos de pasaje á cualquier suscriptor que después de cinco años de pertenecer á la Institución se encontrase enfermo, sin trabajo, ó por otro motivo urgente se viese en la necesidad de tener ora que ir á Europa, ora que venir de allí, gastos que se imputan al capital disponible (artículo 82).

El peso del suscriptor de la Caja General, los cinco pesos del suscriptor de la Caja Especial más los intereses compuestos, la mitad de las sumas que la Caja cobra en concepto de recargo, deben ser empleados en la adquisición de inmuebles, ó en primeras hipotecas, y esos inmuebles, esas hipotecas son de los suscriptores, ese fondo que les pertenece es inalienable, sólo se dividen las rentas, á no ser que resolviesen los dos tercios, disolver la sociedad, en cuyo caso cesa el mandato á los accionistas, y ellos, los suscriptores, como conductores, como copropietarios, se dividen todo lo existente, y los accionistas se van á la calle llevando su acción, como quien dice, el testimonio de un poder que ha sido revocado y que para nada sirve.

¿Cuál era la situación del primer suscriptor que ingresó á la Caja Internacional? ¿con quién contrató el pago de la pensión? ¿quién cargaba con la obligación de pagarle? ¿á quién hizo entrega, tradición de su dinero? ¿quién le transmitió la propiedad de ese dinero?

La Caja Internacional, los órganos por los cuales obra, no se obligaban á otra cosa que á administrarle ese dinero, que él depositó y una parte del cual no podía ser gastado bajo ningún concepto; los órganos de la sociedad no se obligaban á pagarle pensión alguna, ninguna le hubiesen pagado, Excmo. Cámara, si no hubiese ingresado otro suscriptor, porque un peso es una cantidad insignificante que colocada en un banco no reditúa in-

terés, y no hay inmueble que se adquiera con un peso, ni persona que solicite en hipoteca el préstamo de un nacional, no pudiendo los órganos de la Caja darle otro destino al peso, pues ni siquiera estaban en condiciones de comprar dos juguetes por cincuenta centavos, por si más tarde ellos aumentaban de valor.

El suscriptor, por otra parte, no transmitió la propiedad del dinero en que consistía su capital, sino apenas entregó la administración del mismo en forma determinada.

La pensión debían pagarla los otros suscriptores, á quien él no conocía, y esos otros suscriptores, de cuya existencia no sospechaba,—argentinos, turcos, ingleses, italianos,—y que continúa sin conocerlos, con los cuales no ha hablado media palabra, y algunos de ellos, muchísimos, no han llegado aún,—no han ingresado—como suscriptores existentes ó á existir, son los que deben traer fondos para el pago de las pensiones, pago que se efectúa mediante los administradores de la Caja, pues no son sino meros administradores que recogen los intereses del capital y los distribuyen entre sus dueños, los suscriptores.

Doña Rosa no ha contratado con la Caja el pago de una pensión, ha puesto su dinero para que se le dé el destino que marcan los estatutos, y el dinero de ella con el de miles de personas, (muchas no nacieron cuando ella ingresó) ese dinero debe producir un interés y ese interés es el que se va á dividir entre doña Rosa y los suscriptores que hayan entrado cuando doña Rosa se suscribió.

Yo tenía razón, Excmo. Cámara, de preguntar al contestar la demanda, si esto era un contrato (tomando la relación del suscriptor con el suscriptor), y la contraparte, sin entenderme—no supongo en atención al que redactó el escrito, se hiciese que no entendía—plantea el punto á resolver de un modo curiosísimo, y es claro que me presenta desconociendo principios elementalísimos, y con mis dudas, resultado de una ignorancia supina.

La extensión que va tomando este memorial, y mi deber de no abusar de la benevolencia de la Excmo. Cámara, me obligan á no ahondar el punto, concretándome tan sólo á dejar constancia que queda bien demostrado no haber celebrado doña Rosa con la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» el contrato oneroso de renta vitalicia legislado por el Código Civil.

X

Despréndese de lo anteriormente expuesto, que no es de aplicación al caso de autos el artículo 2071 del Código Civil—hoy 2105—porque se refiere ese artículo á la forma de un contrato que nada tiene que ver con lo que se discute: y por lo tanto, que no puede declararse nula la cláusula del artículo de los Estatutos de la Caja.

XI

La actora en su escrito de demanda, como lo verificará V. E., afirmaba con toda malicia que la Caja Internacional, es una institución creada con el fin de explotar á la clase obrera; que no era una sociedad de mutualidad, por cuanto había en ella accionistas, y á más porque los suscriptores, á pesar de la diversidad de edades, tenían el mismo tratamiento.

«Sale, decía, del régimen de las Compañías que contratan bajo tabla de cálculos matemáticos y pensiones vitalicias, y en su desigualdad, fatalmente producirán trastornos de orden público. (Véase f. 15 v.)

1. Véase págs. 346 y 364, año corriente.

Y en el primer párrafo, (Cap. « Hechos ») que anteriormente transcribí, falseando los Estatutos afirmaba que la Caja Internacional se obligaba á discernirle á los diez años contados de la fecha del pago una pensión anual y vitalicia que en el mejor de los casos no excedería de dos mil pesos, y en el peor sería de un equivalente en minimum al cincuenta por ciento del capital entregado ó sean cuatrocientos veintidós pesos con cincuenta centavos.

Al alegar de bien probado, (Capítulo XVII fs. 92) vuelve sobre lo mismo, amontonando una serie de asertos que no tienen otro asidero que una inventiva fecunda.

Yo bien sé, Excm. Cámara, como ya lo dejé expuesto, que estas cuestiones no son del resorte del Tribunal, pero es indispensable destruir esta falsedad, que dará pie á los que combatan honestamente á la Caja, y defendan de verdad á los pobres obreros, para que adopten la actitud que les cuadra y carguen con las responsabilidades que les corresponda.

Desde luego, es cierto que en las sociedades de socorros en los países que tienen una legislación especial, no hay accionistas. No lo niego. Pero, no podrá negarse que en nuestro país, en la época en que se fundó la Caja (instituciones de esa índole eran totalmente desconocidas) el accionista era indispensable.

¿De dónde se iba á sacar el dinero, para llevar á cabo una empresa que en su comienzo reclamaba fuertes desembolsos? ¿Cuál era el apóstol que pondría su plata, su trabajo, sin otra mira que el bien de los demás?

No, pues; hubo que buscar al hombre de dinero, tanto más imprescindible, cuanto que la sociedad debía revestir el carácter de anónima.

El accionista puede obtener alguna utilidad,—años ha habido en la Caja y habrá en lo sucesivo en que no se retire ningún dividendo,—pero si lo retirara, la ganancia es perfectamente lícita y en nada gravosa para el suscriptor, como que siempre tendría que pagar á los que le sirvan administrándole su capital, que no es otro el papel que desempeña el accionista.

Fundada la Caja Internacional, habiendo despertado y fomentado el ahorro, tan poco conocido en la República, con vida propia, y su existencia para siempre asegurada, se pone en condiciones de seguir su marcha ascendente.

La Caja no tiene tablas matemáticas, también es exactísimo, no podía tenerlas, ni hay objeto en que las tenga.

En una sociedad de seguros ó de renta vitalicia, esas tablas se reclaman imperiosamente, y los trabajos de los *actuaries* están á la orden del día.

¿Por qué? El asegurado ó el acreedor de la renta, es un extraño con relación á los otros asegurados ó acreedores de la renta. El paga su prima ó entrega la cosa ó el dinero en propiedad, y la sociedad, haya pocos ó muchos asegurados, paga el seguro cuando ha ocurrido el siniestro, ó paga la renta mientras viva el pensionista. Son los accionistas los dueños del capital, ellos los que cargan con los riesgos, y en consecuencia les interesa conocer cuántos años tiene el asegurado ó el futuro rentista, cuál es su salud, por cuántos años se asegura, para según eso, cobrar la prima ó el precio de la renta. Y vienen las tablas matemáticas,—hay numerosísimas—ellas se acercan tanto más á la realidad, cuanto más es el número de contratantes y más grande la esfera de acción.

La prima del asegurado, el dinero ó el bien del acreedor de la renta, pasan á ser de propiedad de la Compañía.

En la Caja Internacional, el suscriptor abona su mensualidad, y esa mensualidad no pasa á ser de propiedad de la Caja, ella debe ser empleada en adquisición de inmuebles ó colocada en primeras hipotecas, inmuebles ó

hipotecas que pertenecen á los suscriptores, dividiéndose entre ellos tan sólo los intereses.

Entonces, pues, Excm. Cámara, á la Caja Internacional no le interesa para nada la edad ni la salud del suscriptor, desde que, ya sea un viejo ó un enfermo, su dinero va á producir el mismo interés que el que produciría el de un joven ó un sano, porque los intereses de un capital manejado por un tercero, no dependen ni de la edad ni de la salud del dueño.

Al hombre viejo, al suscriptor viejo, sí, le interesa saber que en la Caja entran hasta niños, como quien dice que él va á cobrar menos que lo que cobraría el otro, porque tiene más probabilidades de morir.

Y el hombre viejo, no necesita que nadie le diga no convenirle figurar como suscriptor, y no ingresa, ó ingresa, por si muere antes de los diez años, y sus hijos reciben el fruto de sus economías.

La Caja es una institución esencialmente de ahorro y de previsión.

Ahorra el padre por si fallece; se previene el hombre joven de las adversidades del porvenir.

Y por eso, Excm. Cámara, la objeción, ya hecha en el parlamento francés, en el Senado por M. Lourties, al discutirse la ley de 1.º de abril de 1898 relativa á las sociedades de socorros mutuos, de que en las sociedades de esta índole no hay igualdad, porque pagando un niño de siete años y por el mismo período de tiempo, idéntica cantidad que otro de cincuenta, el primero goza de una pensión mucho mayor que el segundo, carece de valor, tanto porque olvida que también son de ahorro, cuanto porque esa igualdad absoluta sería el fruto del egoísmo, y en la mutualidad eso desaparece. La divisa: cada uno su parte, cada uno para sí, está borrada á esponja.

La Caja Internacional no tiene tablas matemáticas, no tiene para qué tenerlas, no habría podido tenerlas, Excm. Cámara, porque estos trabajos, no son obra de la fantasía, y las tablas que se fabrican en otras partes del mundo, fruto de observaciones de años, y de instituciones de índole diversa, no pueden aplicarse aquí como si se tratase de un metro, y para una entidad que recién empieza á operar y en un terreno desconocido.

De todos modos, Excm. Cámara, la Caja Internacional no necesita tablas matemáticas porque no asegura una pensión fija, ni le sería permitido asegurarla ni hay interés alguno en ello.

En efecto: si el suscriptor sabe que sólo se le va á entregar en calidad de pensión los intereses de su capital, unido al capital de los demás, si sabe también que no va á recibir otra cosa, ¿qué interés tendría en que se determine la pensión cuando el obligado á pagarla es él mismo, pues la Caja, los órganos de la Caja, perdone V. E. las repeticiones, no hacen sino administrarle el capital?

Y sin contar con que no sería posible señalar el monto de la pensión, acaba de ver V. E. su inutilidad.

Y entonces, ¿por qué los estatutos hablan de un maximum de dos mil pesos?

Cuando M. Chatelus fundó «Les Prévoyants de l'Avenir», olvidó que las pensiones debían tener un maximum, y este vacío debió ocasionar trastornos y perjuicios á la institución.

M. Lourties, ya nombrado, en el Senado francés hacía notar que los primeros pensionistas obtendrían, por ejemplo, cuatro mil ciento noventa y dos francos, los segundos dos mil cuatrocientos y un franco, los sextos doscientos siete francos, cuando todos habían pagado la misma suma, lo que era una injusticia á todas luces, y para evitar esa injusticia, es que los estatutos de la Caja marcan el maximum de la pensión.

En fin, Excmo. Cámara, la Caja Internacional reposa sobre esa idea, de una extrema sencillez, que M. Chateaus, el año de 1881, hacía conocer por un manifiesto al pueblo francés, trascendiendo á casi todas las naciones civilizadas donde se formaron estas sociedades, que han llamado la atención á escritores, estadistas, legisladores, dedicándoles largos y concienzudos estudios y dando margen á serias discusiones que han pasado del diario al libro, del libro al parlamento.

La Caja Internacional, con sus estatutos que, por el Código Civil y de Comercio son las leyes que la gobiernan, ha dispuesto que el suscriptor no tenga otro título que acredite su calidad de tal, que la libreta individual, siguiendo así la práctica establecida por todas las otras sociedades similares, porque este tópico también, Excmo. Cámara, ha preocupado á los hombres que profundizan estas cosas y se han analizado sus ventajas y desventajas, llegando á la conclusión de que las primeras superan á las segundas.

La facilidad para el ingreso, la comodidad de su manejo, la economía,—se ahorran empleados, se percibe sin dificultad la cuota,—es un elemento preciosísimo de control, y ayuda lo que es indecible á la contabilidad.

Los escritores dedican largos capítulos á tratar esta materia, y las conclusiones á que arriban son las que en resumen he apuntado.

El señor Juez *a quo*—¡asombra, Excmo. Señor!,—opta por la escritura pública, como quien dice, para que desaparezcan los ahorros de la clase obrera y vayan á parar á las arcas de los escribanos.

Y mientras en el mundo civilizado, los gobiernos y los parlamentos y la clase dirigente se preocupan de que las sociedades de ahorro y previsión echen raíces, acordándoles subsidios, Italia, Bélgica, Francia, Alemania, (no descendiendo á los detalles de las leyes, por no fatigar la atención de V. E.), mientras que en los pueblos que marchan á la cabeza de la civilización llegan á fomentar hasta la mutualidad escolar, en nuestro país, todo un magistrado inteligente y honorabilísimo, en un momento de ofuscación, ha olvidado lo que es y lo que significa una sociedad de socorros mutuos...

XII

La Caja Internacional es una institución, como acaba de ver V. E., para repetir las palabras del doctor Sabini—Kier, que se basa en propósitos de conveniencia general, de ventajas positivas para el individuo asociado, que influye á la vez en el bienestar común.

Los principios en que reposa y los resultados que da, no sólo son bien conocidos en teoría, sino que, llevados á la práctica, han salido triunfantes.

Y todo lo que se diga en contrario, y no se demuestre, toda crítica que se haga adulterando los estatutos, será reprochable, y mucho más reprochable cuando esa crítica, cuando esos ataques vayan dirigidos á tiznar la reputación de las personas que están al frente de la Caja, obra tanto más fácil y dañina, cuanto que se procede de modo tal, que los vilipendiados no tienen ningún recurso, por la habilidad con que se les ofende.

¿Qué propósitos ha perseguido la actora, promoviendo este pleito? Y á riesgo, no es grande, por cierto, de que en lugar de responder á la pregunta se tome ella como materia para ridiculizar al que la formula,—es bien sabido no se conseguirá,—llamo la atención de V. E. sobre un antecedente que permitirá al Tribunal darse cuenta exacta de lo que puede haber en el litigio.

La demandante, una señora pobre, sin recursos, con la

convicción profunda de que la Caja Internacional (así afirma en su primer escrito), ha sido creada para explotar á la gente de su clase, ingresa á la institución en marzo 10, paga su cuota, y de las oficinas de la Caja, pasa al Tribunal entablado formal demanda, porque ese contrato era nulo; lo celebró expreso, sabiendo que era nulo.

¿Y cómo no había de decir en mi escrito de contestación que una señora que contrata,—precisamente para atacar ese contrato con ese fin único y exclusivo que hoy paga y hoy promueve pleito por el dinero que pagó para pleitear,—cómo no había de decir que una señora que de tal modo procede es sospechosa, y obligaba preguntar qué la mueve, qué busca?

Y, en lugar de responder á interrogación tan lógica, califica de desgraciada la réplica, y con toda infidelidad señala como que llegué á la última conclusión de que su representación viene á pleitear de ojo, tomando un término incidental de mi escrito, perfectamente castizo y bien empleado, para darse el placer de que los que no conocen el escrito se hagan cruces de su autor.

Y he traído esto al debate y otras cosas traeré más adelante, no porque me afecten personalmente las apreciaciones de la contraparte, ni mucho menos para herir á los señores que intervienen en él—mi regla de conducta es bien distinta,—sino porque entiendo que así contribuyo á que el litigio se solucione, como quiere la ley de la justicia.

XIII

Y voy á terminar, Excmo. Cámara, cumpliendo lo que prometí en uno de los capítulos anteriores, ocupándome de lo que la actora llama la faz moral del pleito, y explicando por qué los administradores de la Caja no han acusado criminalmente á los firmantes del escrito de demanda.

Con una ligereza imperdonable, dada la seriedad, competencia é ilustración del distinguidísimo abogado que suscribe el alegato de bien probado (véase capítulo XVII, f. 92), afirma que la Caja Internacional tiene un mecanismo curioso é inteligente, calculado con precisión admirable para absorber los ahorros de una clase social que es, al mismo tiempo, la más favorable como campo de explotación y la que más sufre por efecto de estas especulaciones.

Excuso decir á la Excmo. Cámara que estas aserciones bíblicas con tono profético no tienen otra base ni otro fundamento que una simple creencia errónea de quien parece no sospechar siquiera lo que es la Caja Internacional; y con todo respeto tengo que expresarme así, porque quien equipara esta institución á las sociedades de seguros ó de rentas vitalicias, demuestra no conocer lo que es ella.

La historia de la República, agrega, en los últimos años, demuestra en infinidad de casos que todas las sociedades similares han concluido en un desastre. Y bien: yo le invito á que señale una sola sociedad similar á la Caja Internacional que en nuestro país ó en cualquier otro, haya concluido en un desastre; y en cambio, presénteme á la «Cassa Nazionale Mutua Cooperativa per le Pensioni», en Italia; «Les Prévoyants de l'Avenir», en Francia; «Le Bleu», en Francia también, cuyo desarrollo enorme ha sorprendido al mundo, prestando servicios incalculables á esa clase obrera, que se dice ser la expoliada y en nombre de la cual se habla.

(Continuará).

JURISPRUDENCIA

La promesa de venta de un bien raíz dotado, realizada por escritura pública, con entrega de la cosa y del precio, equivale á venta, no constituyendo la falta de venia judicial más que una nulidad relativa.—(ARTÍCULO 1534 DEL CÓDIGO CIVIL).

La venia obtenida con posterioridad á la venta subsana esa nulidad, aunque no se haga nueva escritura.—(ARTÍCULO 1544 DEL CÓDIGO CIVIL).

ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

En lo principal, expresa agravios.

En el otro sí pide se reciba la causa á prueba.

Excmo. Señor:

Martín C. Martínez, por don Carlos L. E. en autos sobre reivindicación con doña Antonia Custodia O. N. expresando agravios, como mejor proceda, á V. E. digo:

I

Que sólo la inexperiencia del joven magistrado que ha fallado este litigio, ó su precipitación en el despacho, puede explicar el fallo recurrido.

Por él vendría á quedar prevalente una explotación sublevante. Doña C. O. y su propio esposo y actual curador, don José Antonio N., hace más de diez y ocho años vendieron á mi representado el campo en cuestión por el precio corriente entonces, percibieron el importe y transmitieron á E. la posesión. Por un acto de confianza, que ha sido un rasgo frecuente y honroso en nuestras poblaciones de campaña, aunque los esposos N. no habían obtenido el requisito de la venia judicial, como urgiesen por recibir el dinero, mi representado consintió en dársele, con la promesa de que en seguida sacarían esa venia y le pasarían escritura de ratificación.

No hubo dificultad por la justicia, en conceder la venia, como que el precio en la época (seis pesos veintitrés centésimos la cuadra) y el destino (poblar otra estancia de tres suertes que tenía sin beneficiar la vendedora) eran convenientes. Todos los testigos presentados por los esposos N. así lo declararon, con referencia expresa á la venta concertada por aquéllos con E., de suerte que no cupiera duda que era esta operación la que se trataba de confirmar,—y la venia se concedió en julio 6 de 1889, al mes y medio de pasada la escritura de f. 54.

Desde entonces los N. han estado gozando y disponiendo del precio de venta y E. del campo, sin que se les haya ocurrido á los primeros, en los diez y ocho años transcurridos, desconocer la bondad y legitimidad del negocio.

Sólo cuando los campos han triplicado de valor, en gran parte por el esfuerzo constante de sus pobladores, es que la codicia le ha hecho pensar á N. en una nulidad que ya no existe.—Y que aún cuando existiese, aquél no debería ni podría invocar, como otorgante de un acto que se tornaría una verdadera estafa de su parte, si fuese verdad, según tiene ahora el desquite de decirlo, que á él concurrió á sabiendas de la nulidad en que se incurriría.

Después de esbozar que el contrato de f. 54 debe interpretarse como simple contrato de arrendamiento (sic), el actor pretendió explicar su concurrencia á la escritura como hija de infinita benevolencia para con su esposa ya enferma, á quien E. había sugerido el negocio...

«Como se trataba de bienes de ella no quiso obstar á nada y tanta fué su delicadeza que no quiso recibir un peso...» Todo esto quiere deducirlo del mero formulismo con que el escribano Fariña hace aparecer como otorgante á la mujer, con la venia del marido, aún cuando N. concurrió al acto, lo autorizó y lo realizó, según reconoce el propio fallo apelado.

N. se exhibiría así como un cuentista, pues no tendría otro nombre el hecho de consentir que su mujer arrancase los diez mil pesos á E. sin perjuicio de hacer valer él después la supuesta nulidad para arrancarle á su turno el campo.

Todo eso es burdo. La demencia de doña Antonia es un hecho reciente: recién fué declarada en 1905 (testimonio de f. 144) y la venta á E. es un hecho viejo: data de 1889.

La comparecencia de N., no por mandatario sino personalmente, en la escritura de f. 54, y el haber otorgado poder conjuntamente con su esposa al procurador del Durazno, don Juan M. Reyes, para que tramitara la venia, no le permiten eludir su actuación principal en la negociación.

V. E. verá que no se ha atrevido N. á afirmar que de la operación de venta resultase el mínimo perjuicio á su esposa: apenas ha dicho de paso, que E. pagaría «uno por lo que vale cinco». El reato por la verdad de su ilustrado representante no cuadra á semejante causa: con interponer un hoy está aclarado todo: hoy vale el campo tres ó cuatro veces el valor que se pagó hace veinte años, pero lo mismo habría sucedido cualquiera fuera el lugar de la República donde E. hubiera colocado su dinero.

Sólo la codicia induce á N. á promover este pleito, del que, no obstante el fallo recurrido, no ha de sacar otro resultado final que el exhibirse á sí mismo peor todavía de lo que se ha conducido al intento de despojar al hombre ingenuo que se fió de su mentida caballería y hombría de bien.

II

EL CONTRATO DE F. 54 ES UN VERDADERO CONTRATO DE VENTA

El fallo apelado, no obstante sus deficiencias ha simplificado bastante las cuestiones jurídicas á resolver en este litigio.

Descartando por un solo instante la cuestión de la venia judicial, yo sostuve que una promesa de venta como la de f. 54, en la que se ha especificado la cosa vendida, convenido su precio, hecho entrega de éste, transmitido la posesión, y todo esto se ha consignado en una escritura pública, es igual á una venta cualquiera y produce los mismos efectos jurídicos; y aboné esta afirmación, como pude hacerlo con la de tantas otras autoridades, con la de Laurent, quien á su vez cita las disposiciones del Código Napoleón, concordantes con las del nuestro, y las palabras de los redactores de aquel cuerpo de leyes.

Esta conclusión: que la promesa de venta de inmuebles por documento privado no da lugar sino á daños y perjuicios, según el artículo 1638 del Código Ci-

vil, por el contrario, la promesa de venta en escritura pública, con entrega del precio y transmisión de la posesión, es una venta perfecta; esta mi conclusión ha sido aceptada en el segundo Considerando de la sentencia apelada. «Considerando, dice, que ese contrato de promesa de venta ha equivalido en esencia á una verdadera venta, desde que no sólo ha mediado el concurso de las voluntades de los contratantes respecto á la transmisión del dominio de una cosa cierta por un precio determinado, sino que también en su mérito se ha hecho efectiva la entrega de la cosa y la del precio».

No necesito, pues, agregar en esta expresión de agravios una palabra más sobre el particular. La promesa de venta de los esposos N. á E. es una venta verdadera, toda vez que hubo entrega recíproca de la cosa y del precio, y escritura pública, por más que se la califique de promesa de venta, por agregársele en seguida la obligación de los vendedores de sacar la venia y de ratificar.

III

LA NULIDAD ES RELATIVA

Se trata de una venta, agregué, que si no hubiera sido complementada con la venia judicial, posteriormente acordada, estaría viciada de nulidad relativa.

Tal es la clase de nulidad, en efecto, que perjudica las ventas de inmuebles de mujeres casadas, cuando se celebran sin autorización judicial. Sobre cuestión tan conocida y resuelta por nuestros Tribunales no he necesitado invocar autoridades y me ha bastado citar las disposiciones de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil que tan clara y magistralmente la deciden y disipan las dudas que ocurren bajo otras legislaciones.

Cuando no se trata de actos de personas absolutamente incapaces ni hay objeto ó causa ilícita; cuando no se han omitido formalidades que las leyes prescriben para el valor de los actos ó contratos en consideración á su naturaleza; cuando las formalidades omitidas son de las que las leyes prescriben en consideración á la calidad ó estado de las personas, como la venia judicial, establecida en resguardo de la mujer casada, la nulidad es relativa.

Además de las notorias disposiciones de los artículos 1534 y 1535, es corroborante é igualmente decisivo el 1254 del propio Código Civil, cuando enumera á las mujeres casadas entre los relativamente incapaces, «cuya capacidad no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respetos determinados por las leyes».

El Inferior, de balde no usa de las palabras consagradas, admite que la nulidad que podría ocurrir en el caso, es relativa. En el Considerando, cuya primera parte transcribí antes, concluye «que la venta es, no obstante, imperfecta, en razón de no haber sido autorizada judicialmente, con conocimiento de causa, y cuyo perfeccionamiento estaba supeditado por lo tanto á su debida ratificación, una vez concedida la venia judicial de la referencia». En el siguiente Considerando, sostiene que «el haberse solicitado después la venia no ha implicado la ratificación tácita de la venta». En el tercero vuelve á decir «que no ha sido subsanada expresa ni tácitamente la nulidad». En el cuarto, al admitir «que E. es poseedor de buena fe, se funda en que el demandado posee á mérito de un contrato que aunque viciado de nulidad, era susceptible de perfeccionarse por la ratificación del mismo á que la otra parte se había obligado». Ahora bien, es notorio que la nulidad absoluta no puede

subsanarse y que los actos cuya nulidad desaparece por la ratificación, son los que adolecen de mera nulidad relativa.

Ni es discutible, ni ha dejado de reconocer el fallo apelado que tal clase de nulidad es la única en cuestión en el presente juicio.

IV

LA VENIA PUEDE DARSE «EX POST FACTO»

El debate útil en esta instancia queda casi concretado á saber si es indispensable que el requisito de la venia judicial sea llenado antes de la venta, so pena de nulidad, no subsanable por la venia acordada después, ni por el asentimiento de las partes durante los diez y ocho años que han transcurrido desde la venta y desde la venia.

El haber sido dada la venia judicial después, en vez de ser previa, ¿es una circunstancia tan importante como para viciar el acto de nulidad; ó, por el contrario, ese hecho de acudir á la justicia para perfeccionar el contrato, en vez de acudir para anularlo, significa una ratificación plena?

Es explicable que el legislador haya dado importancia y exigido el requisito de la venia so pena de nulidad, para garantizar el patrimonio de la mujer casada; pero sería absurdo que hubiera llevado su caviliosidad hasta amenazar con la misma sanción al hecho secundario y sin trascendencia de que la autorización haya sido concedida después, en vez de haber sido dada antes del contrato.

Lo esencial, lo que es fulminado con la nulidad, es la carencia de venia judicial. Ningún interés legítimo de la mujer estará en peligro, ó será menos resguardado, porque la venia sea concedida antes ó después de la venta. Lo que importa es que el acto no sea irrevocable antes que la justicia lo haya examinado y aprobado. Es la falta de venia, la falta de la tutela judicial, la que se previene con la nulidad. Sería draconiano equiparar el caso en que en seguida se ha pedido y obtenido la venia, al caso en que se hubiera prescindido de recabarla.

Sin desconocer que por regla general la venia ha de ser previa, fácil es ver que la garantía que signifique esta formalidad es igual, sea previa, sea concedida después de convenida la enajenación. Cuando se pide venia para vender una propiedad, no es posible ordinariamente precisar de antemano los términos concretos de una operación que todavía está á concertar; mientras aquí ha sido dable decir que el área vendida era tal y el precio obtenido diez mil pesos justos y cabales. Todo el detalle de la operación se ha puesto de manifiesto delante del Juez para que aprecie el negocio, como no sería tal vez dable hacerlo al demandar una simple autorización para enajenar.

Se ha hablado por el contrario de la presión de los hechos consumados! Tratándose de ratificar una venta de inmuebles, el caso presente grita sobre quién es dable ejercer presión! Sólo por ironía puede hablarse así, cuando se compara la situación del vendedor, cuya tierra nadie puede llevarla ni ocultarla, y la del comprador, amenazado de quedarse sin la cosa y sin su dinero. Si se tratase de una institución como el consejo de familia, llamado en otras partes á dar la venia, cabría, tal vez, hablar de presión, porque es frecuente que el tutor sea un pariente y parientes también los miembros del consejo familiar. Pero, ¿qué presión cabe, tratándose de un Juez de derecho y de un Fiscal ajenos al vendedor y com-

prador? ¿Por qué estarían más coartados para confirmar ó desaprobar la operación pactada, pero no definitiva en tanto que el magistrado no la autorice?

Jamás se ha hecho argumento de tal presión en los casos en que, omitida la venia, las partes, convencidas de que deben mantener la operación, recurren á los Tribunales, en demanda de aquel requisito,—cosa que, según la tesis contraria y de la sentencia, no podría hacerse, porque la venia debe ser previa y no posterior.

La consecuencia de esa interpretación literalista y antifilosófica sería que esos actos fueran insubsanables. Si el menor ó la mujer casada murieran antes de salir de su estado de incapacidad relativa, los actos practicados sin la venia no podrían validarse jamás, por convencidos que todos estuviesen de su conveniencia y aún de su necesidad. Entretanto, la ley declara que las nulidades relativas pueden subsanarse; y para que puedan serlo es evidente que en algunos casos la venia deberá ser posterior al contrato.

V

DOCTRINA DE LOS COMENTADORES

En este sentido se ha pronunciado la doctrina en Francia, y sabido es que las disposiciones de nuestro Código sobre las nulidades absolutas y relativas han sido inspiradas en las de los artículos 1204 y siguientes del Código Napoleón.

Ya dije que en la legislación francesa no es conocido el requisito de la venia judicial para la venta ó hipoteca de los inmuebles de las mujeres casadas; pero requisito perfectamente igual existe para los bienes de los menores, y por eso se ha presentado allí el mismo género de cuestiones.

El artículo 457 del Código Francés dispone que el tutor, aunque sea el padre ó la madre, no puede tomar prestado para el menor ni enajenar ni hipotecar sus bienes inmuebles sin estar autorizado por un consejo de familia. Esta autorización no se deberá acordar sino por causa de necesidad absoluta ó de utilidad evidente. Y el artículo 438 agrega que las deliberaciones del consejo de familia relativas á este objeto, no se ejecutarán sino después que el tutor haya pedido y obtenido la homologación ante el Tribunal de primera instancia, que proveerá en la cámara del consejo y después de haber oído al procurador imperial.

Nada más igual á nuestro régimen de la venia.

Es bajo este régimen que escribe Laurent lo siguiente:

«Los actos de los incapaces presentan una dificultad particular. Su incapacidad no es absoluta: la ley les permite hacer todos los actos de la vida civil, salvo ciertas excepciones, pero establece condiciones y formas para protegerles contra su incapacidad. Si contratan sin observar esas formas, el acto es nulo. ¿Puede ser validado cuando posteriormente al acto se llenan las formas legales? Hemos decidido la cuestión afirmativamente en lo que concierne á la mujer casada. El marido puede cubrir la nulidad de los actos hechos sin su autorización, aprobándolos. Esta aprobación equivale al consentimiento. No es una confirmación propiamente dicha: el marido consiente después que el acto está realizado, en lugar de consentir antes que el acto haya pasado. Se aplican, pues, los principios que rigen la autorización marital, más bien que los principios que el Código establece para la ratificación. Así, si diera su consentimiento por escrito no habría que seguir las formalidades prescriptas por el artículo 1338.

«La cuestión es controvertida para la mujer casada y lo es también para los menores. Creemos que se debe aplicar á los menores lo que hemos dicho de la mujer casada. Hay actos que el tutor puede hacer sólo como mandatario legal del menor. Si el menor los hace con autorización del tutor, son válidos. Es verdad que en nuestro derecho el tutor no está llamado á autorizar, pero autorizando á su pupilo á obrar, se apropia el acto y lo valida. La autorización es un consentimiento y puede, pues, hacerse bajo forma de aprobación dada posteriormente al acto que el menor ha hecho sin el concurso de su tutor. Existen las mismas razones que para el caso de la mujer. En nuestra opinión esto es decisivo.»

Hasta aquí, como se ve, Laurent trata de casos en que sólo se requiere el consentimiento del tutor ó del marido, y la solución sostenida es que la autorización puede ser posterior al acto y validarlo. Veamos ahora el caso en que la ley requiera la venia judicial:

«Hay otros actos, prosigue Laurent, que el tutor no puede hacer sino con autorización del consejo de familia, homologados en ciertos casos por el Tribunal. Si el menor ejecuta uno de esos actos sin observar las formas legales, ¿la nulidad se subsanará por una deliberación posterior del consejo, seguida, si es necesario, de la homologación? La afirmativa no es dudosa, dado nuestro principio: la autorización conferida posteriormente bajo formas de aprobación equivale al cumplimiento regular de las formas legales. Aquí se ve claramente que no se trata de una verdadera ratificación. Es el que tiene derecho de decir de nulidad quien ratifica: ahora bien, el consejo de familia y el Tribunal que aprueban el acto irregular no tienen derecho de demandar la nulidad: no ratifican porque no renuncian á una acción de nulidad: intervienen después del acto, en lugar de intervenir antes del acto. Es preciso, pues, aplicar los principios que el Código sienta en el título de la TUTELA y no los que rigen la ratificación.

«Cuando el acto irregular del menor ha sido aprobado por el tutor y, si corresponde, por el consejo de familia y el Tribunal, el acto llega á ser plenamente válido, y el menor no puede ya provocar la anulación ni la rescisión cuando llegue á ser mayor» (Laurent, tomo 18, núm. 602, quien agrega que la doctrina se ha pronunciado en ese sentido y cita las opiniones concordantes de Larombière, tomo IV, págs. 604, y Demolombe, tomo VII, núm. 749).

Con su dominio de la materia y su claridad habitual el autor precisa lo que yo no precisé en la primera instancia: que la venia ó autorización posterior no es propiamente un caso de ratificación de un acto anulable, sino más bien lo que podríamos llamar la *complementación* de un acto. Más que una nulidad que se subsana por un acto posterior, es un acto que no estaba completo y que queda perfecto por la venia.

He usado la palabra *ratificación*, porque tal expresión legal se emplea para los casos de subsanación de nulidades relativas (Laurent mismo trata este caso al ocuparse de la ratificación) y porque en nuestro caso la venia se solicitó y obtuvo, no para vender á cualquiera, sino para perfeccionar la venta ya efectuada á E., según á una lo declaran los testigos de la información, presentados por los esposos N., como V. E. podrá verlo si se me concede término probatorio en esta instancia.

Ese hecho de acudir á la justicia, no á decir de nulidad, sino á pedir la venia, equivale á una ratificación, no tácita sino expresa, y efectuada en forma solemne, en la misma forma prescripta por la ley para obtener la autorización judicial.

VI

EL CONSIDERANDO FUNDAMENTAL

Lo que se necesitaba remediar no era la existencia de escritura pública de venta, pues que escritura se había pasado, y ya he demostrado—y lo acepta la sentencia—que aunque se la haya intitulado de promesa de venta, la promesa, con entrega recíproca del precio y de la cosa, equivale á verdadera venta.

Lo que se necesitaba remediar era la falta de venia judicial, y la venia no la otorgan los Jueces por escritura pública, sino por expediente. Ese acto posterior, que más que de ratificación es de complementación, como lo dice Laurent, se ha ajustado á las formalidades á que por la ley está sujeto el acto cuya falta se trataba de regularizar, como dispone para los actos de verdadera ratificación el artículo 1544 del Código Civil.

El error que parece que ha ofuscado al Juez apelado es el de creer que era indispensable una nueva escritura de venta, cuando él mismo había reconocido ya que «el contrato de promesa de venta de que se trata, ha equivalido en esencia á una verdadera venta». No: lo único de rigor era obtener la venia, porque ésta era la formalidad omitida. Digo que parece que ese ha sido el error del señor Juez, porque su pensamiento claro es difícil de desentrañarlo del Considerando segundo, único en que pretende esbozar la demostración de la nulidad. Leyéndolo, verá V. E. que el Inferior hasta parece incurrir en un garrafal error de hecho. Dice literalmente: que el haber solicitado la venia doña Antonia y su marido no ha implicado la ratificación tácita del contrato de promesa de venta, puesto que ella (la venia) fué solicitada antes de otorgarse dicho contrato, y es obvio que no es posible ratificar lo inexistente.»

Si la venia se hubiese solicitado antes de otorgarse el contrato de promesa de venta, ni cuestión habría. Lo único que origina el pleito es que la venia fué solicitada después del compromiso, y que según la contraparte es sacramental que la venia sea previa.

Ante tal error, la verdad es que uno se queda perplejo sobre lo que ha querido decir su señoría; y nada más ha dicho sobre esta parte esencial del pleito. Esforzándose por entenderlo, es que llego á la conclusión de que tal vez ha querido decir eso mismo que el contrario dice en todos los tonos: que la venia debe ser previa al contrato, y que para que lo fuese en este caso se requería una nueva escritura de venta, aunque para decir eso también habría tenido su señoría que olvidarse de que un momento antes ha declarado que ya existía una escritura que en su esencia es una escritura de venta completa, salvo la venia. Siendo así, todo lo que se necesitaba poner no era una nueva escritura, aunque ella se haya pactado á mayor abundamiento, sino esa formalidad omitida de la venia!

(Continuará).

Revistas jurídicas

Durante el transcurso del mes, hemos recibido las siguientes revistas:

ALEMANIA

«Blätter für Vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre», número 3, junio de 1909.—Berlín.

ARGENTINA

«Revista del Centro Estudiantes de Derecho», número 10, año III, mayo á junio de 1909.—Buenos Aires.
«Revista del Notariado», número 142, año XII, agosto 15 de 1909.—Buenos Aires.

BRASIL

«Revista de direito civil, commercial e criminal», número 1, tomo XIII, julio de 1909.—Rio de Janeiro.
«Revista de Direito do Paraná», número 3, tomo I, mayo y junio de 1909.—Curitiba (Paraná).

ESPAÑA

«Estudios de Deusto», número 20, año V, junio de 1909.—Bilbao.
«Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 114, año 57, enero á mayo de 1909.—Madrid.
«Revista de los Tribunales y de Legislación Universal», números 19, 20, 21 y 22, mayo de 1909.—Madrid.

FRANCIA

«Bulletin mensuel de la Société de Legislation comparée», números 4 y 5, abril y mayo de 1909.—París.

ITALIA

«Rivista Internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie», número 198, tomo L, año XVII, junio de 1909.—Roma.
«La Giustizia Penale», números 23, 24, 25 y 26, año XV: 10, 17 y 24 de junio y 1.º de julio de 1909.—Roma.
«Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza», número 1, tomo LXX, julio de 1909.—Roma.

URUGUAY

«El Escribano Moderno», números 22 y 23, año I, julio 31 y agosto 15 de 1909.—Montevideo.

“La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”

SUMARIO DEL N.º 24—AÑO XV

DOCTOR LUIS PIÑEIRO DEL CAMPO.—*El 22 del corriente*, por la Redacción, pág. 369.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA:

El contrato realizado entre los suscriptores y la «Caja Internacional Mutua de Pensiones» no constituye un contrato de renta vitalicia y no le alcanzan, por consiguiente, las disposiciones legales sobre este contrato, pág. 370.

JURISPRUDENCIA:

La promesa de venta de un bien raíz dotal, realizada por escritura pública, con entrega de la cosa y del precio, equivale á venta, no constituyendo la falta de venia judicial más que una nulidad relativa. La venia obtenida con posterioridad á la venta subsana esa nulidad, aunque no se haya nueva escritura, pág. 373.

REVISTAS JURÍDICAS, pág. 376.

ÍNDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO DÉCIMOQUINTO

DE

LA REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y ADMINISTRACIÓN

(Del 1.º de Septiembre de 1908 al 31 de Agosto de 1909)

DERECHO CIVIL

	PÁGINAS	PÁGINAS
Matrimonio. —¿Quién debe dar el consentimiento para contraer matrimonio cuando el hijo es menor de veintidós años y la madre ha contraído segundas nupcias?, por el doctor Vicente Borro	8	cuando existe también un hermano legítimo del difunto?, por el doctor Héctor Miranda. 65
Dominio. —La propiedad de los sepulcros está fuera del comercio; no puede ser transmitida sino por vía de herencia, partición ó donación entre parientes; es una propiedad invendible, por el doctor Pablo De-María y sentencia del doctor Alfredo Furriol.—(Jurisprudencia).	8	Separación judicial de bienes. —Solicitada por la esposa la separación judicial de bienes y producida la prueba pertinente, si quedase en el ánimo del Juez alguna duda, ella debe resolverse respetando el derecho más importante. En el caso, el derecho de la esposa á la conservación de sus bienes es el más importante; por él, pues, debe velar el Juez con preferencia.—(Jurisprudencia). 91
Sepulcros. —La propiedad de los, por el doctor Pablo De-María y sentencia del doctor Alfredo Furriol.—(Jurisprudencia).	8	Prescripción. —El tiempo de la prescripción de los servicios médicos empieza á correr desde que se practicaron las operaciones ó se efectuaron las visitas, y no desde que concluye la asistencia por cura ó muerte del enfermo, ó cesación de los servicios profesionales. Artículo 1197 del Código Civil.—(Jurisprudencia). 93, 100 y 117
Expropiación. —La, por causa de utilidad pública, en el Senado Argentino, discurso del doctor Montes de Oca.—(Conclusión).	13	Responsabilidad civil del Estado, por C. A. Santa María. 96 y 107
Actos ilícitos. —La usurpación de una marca de fábrica es un acto ilícito, cuyo conocimiento corresponde á la jurisdicción civil.—(Jurisprudencia).	20	Matrimonio. —¿Podrá haber perfecta igualdad en los derechos civiles y de familia entre cónyuges, por la señorita Myrthes de Campos. 113 y 133
Retención. —El derecho de, por M. A. Olachea.	40	Retroactividad. —Estudio sobre la, de la condición, por A. Leloutre. 161
Sucesiones. —Alcance de la reversal del año 1857.—(Informe in-voz del doctor L. Echevarría) y Jurisprudencia.	49	Administración extraordinaria de la sociedad conyugal —Es innecesaria la venia del marido ó la supletoria del Juez para que la mujer casada, cuyo marido se halla en la Penitenciaría sufriendo una pena, pueda comparecer en juicio con objeto de aceptar una herencia propia, una vez que le haya sido acordada la administración extraordinaria de los bienes.—Artículo 1955 del Código Civil. Las disposiciones de los artículos 133 y siguientes y 1969 del mismo Código no son aplicables en el caso.—(Jurisprudencia). 168
Reivindicación. —La cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa á nombre del comprador, importa tanto como la tradición real. (Número 1.º, artículo 742 del Código Civil). Cuando una misma cosa es vendida sucesivamente por el mismo vendedor á dos personas distintas, insertándose en los contratos respectivos la cláusula de la referencia anterior, se reputa legalmente primer poseedor al primer comprador, con tal que haya registrado oportunamente su título.—(Jurisprudencia).	51	Arrendamiento. —No es válida la promesa de arrendamiento de un campo pactada por el término de diez años, á correr desde el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento anteriormente estipulado, todavía no vencido.—La disposición del artículo 1756 del Código Civil es evidentemente de orden público y, por consiguiente, no puede trabarse los inmuebles por mayor tiempo que el plazo de diez años en ese artículo establecido, sea que se trate de burlar esa prescripción bajo la forma de un nuevo contrato ó de una promesa de arrendamiento.—(Jurisprudencia). 170
Compraventa. —Doble venta y tradición ficta: La cláusula en que declara el enajenante que en lo sucesivo tendrá la posesión de la cosa á nombre del comprador, importa tanto como la tradición real. Cuando una misma cosa es vendida sucesivamente por el mismo vendedor á dos personas distintas, insertándose en los contratos respectivos la cláusula de la referencia anterior, se reputa legalmente primer poseedor al primer comprador, con tal que haya registrado oportunamente su título.—(Jurisprudencia).	51	Beneficio de inventario. —Sobre, por el doctor Rafael Gallinal. 193
Legítima. —La parte disponible de que el testador no ha dispuesto, ¿acreece á la legítima rigurosa del hijo natural		

	PÁGINAS		PÁGINAS
Curatela. —Es improcedente la designación de la esposa para curadora del marido, declarada incapaz, cuando los cónyuges han vivido separados de hecho, ineludidos a ello por desavenencias, riñas y recriminaciones de carácter grave.		de obligada a pagar por indemnización el valor que pudiere tener el edificio afectado.	284
El artículo 394 del Código Civil no puede ser aplicado en el caso, sin que el objeto y fin de la curaduría fuera evidentemente violado.—(Jurisprudencia)	202	Arrendamiento. —Los derechos del locatario.	286
Reconocimiento de hijo natural. —No es necesaria la inscripción en el Registro del Estado Civil del reconocimiento de hijos naturales hecho por el padre, para que la madre pueda ejercer la patria potestad sobre sus hijos naturales y asumir el carácter de administradora legal de sus bienes.—(Jurisprudencia).	213	Obligaciones con cláusula penal. —Los efectos retroactivos de la pena en lo favorable no alcanzan a la devolución de las cantidades legítimamente percibidas por el acreedor.	291
Servidumbre de luz.	223	Tierras públicas. —Las tierras que han sido poseídas por determinadas personas en calidad de colonos con anterioridad al año 1793, han salido del dominio fiscal, de acuerdo con la ley de marzo 17 de 1831 y el artículo 1163 del Código Civil.	
Contrato de edición, suscripción y representación, por L. G. Revilla.	224 y 238	El hecho del canon es la prueba documentada de la posesión.	
Divorcio. —No procede llenar el requisito constitucional de la conciliación cuando se trata de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (caso 5.º, artículo 2.º de la ley de 26 de octubre de 1907).		Los sobrantes que se hallan en las mismas condiciones han dejado igualmente de ser propiedad fiscal, según se deduce del contexto del artículo 1168 del Código Civil.—(Jurisprudencia)	306
Ni el artículo 107 de la Constitución, ni el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil son aplicables, porque no existe verdadera contienda legal sometida a la decisión de los Jueces en estos casos. El artículo 44 de la ley de divorcio comprueba, por lo demás, esta solución.—(Jurisprudencia).	233	Prescripción. — Las tierras que han sido poseídas por determinadas personas en calidad de colonos con anterioridad al año 1793, han salido del dominio fiscal, de acuerdo con la ley de marzo 17 de 1831 y el artículo 1168 del Código Civil.	
Domicilio.—Residencia. —El hecho de desempeñar durante largos años el cargo de Agente Consular de la República en el extranjero, no es suficiente para que pueda obtenerse la carta de ciudadanía legal, si no se ha cumplido con el requisito de la residencia establecida por el artículo 8.º de la Constitución.		El hecho del canon es la prueba documentada de la posesión.	
Debe entenderse por residencia el domicilio, la vecindad dentro del territorio nacional; no pudiendo aceptarse la ficción de que el funcionario público que ejerce un cargo fuera del país, se halle residiendo en él.		Los sobrantes que se hallan en las mismas condiciones han dejado igualmente de ser propiedad fiscal, según se deduce del contexto del artículo 1168 del Código Civil.—(Jurisprudencia)	306
Sólo corresponde al Poder Legislativo el conceder la ciudadanía legal, en mérito a los importantes servicios prestados por un Agente Consular en el extranjero.—(Jurisprudencia)	247	Beneficio de inventario. —La mujer casada puede ceder una parte determinada de la herencia que le ha sido deferida antes de la apertura judicial, sin que para ello sea obstáculo las disposiciones de los artículos 1068 del Código de P. Civil y 1053 y siguientes del Código Civil.	
Hijos naturales. —La investigación de la maternidad natural regida por el artículo 219 del Código Civil, no debe hacerse extensiva a los sucesores ó herederos del hijo,—como lo demuestra el artículo 201 del mismo Código al ocuparse de la investigación de la maternidad legítima. Es lógico suponer, de acuerdo con las fuentes de la disposición legal, que el legislador no ha querido dar mayor amplitud a la indagación de maternidad natural legítima, desde que la primera afecta el interés y el honor de la familia con la divulgación de hechos deshonrosos.—(Jurisprudencia)	264	Corresponde al cesionario de los derechos hereditarios, el practicar el inventario al liquidar la herencia, no debiendo responder la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas hereditarias más allá del total del haber hereditario.—(Jurisprudencia).	327
Prescripción. — Los intereses de dinero depositado no se prescriben en cuatro años. No es aplicable el inciso 3.º del artículo 1196 del Código Civil, sino los artículos 2047 y 2232 de dicho Código.—(Jurisprudencia)	271	Renta vitalicia. —El acto jurídico que importa el ingreso en calidad de socio a la sociedad denominada «Caja Internacional Mutua de Pensiones», y los derechos que de él se derivan, no constituyen el contrato civil de renta vitalicia legislado en los artículos 2156 y siguientes del Código Civil.	
Indemnización por daño sufrido en perjuicio de otro, por G. Dereux	273 y 280	En consecuencia, no es necesaria la formalidad de la escritura pública, exigida por el artículo 2157 del Código Civil para los contratos de renta vitalicia,—pudiéndose, á falta de ley prohibitiva, establecer que la inscripción en el registro social y la posesión de la libreta con la matrícula correspondiente, es suficiente título para acreditar la calidad de socio.—(Jurisprudencia)	330
Servidumbre de alineación. —La Junta Económico-Administrativa no puede negar el permiso para edificar en terrenos que, según la alineación fijada por el amanzanamiento oficial para ensanche y regularización de las calles, deberán destinarse a vía pública, como tampoco imponer a los propietarios como condición del permiso, el renunciar a toda indemnización por la parte del edificio que resulte mal alineado cuando se haga el ensanche.		Renta vitalicia. —Jurisprudencia argentina.	346, 364 y 370
Prohibir esa edificación sería desconocer el derecho de propiedad y consumir realmente la expropiación. La Junta deberá expropiar de inmediato el terreno si no quiere verse más tar-		Accidente del trabajo. — La falta de salud del obrero no evita la indemnización debida á causa de un accidente.—(Jurisprudencia)	332
		Accidentes del trabajo. — Sentencias del presidente Magnaud.	335 y 315
		Matrimonio de hijos naturales, por el doctor José Irureta Goyena	337
		Fianza. —El fallecimiento del arrendatario no extingue las obligaciones del fiador, desde que no existe disposición alguna legal que declare extinguida una obligación sin plazo por el fallecimiento de la persona obligada.	
		Son aplicables al caso las disposiciones de los artículos 1757, 1265 y 1266 del Código Civil.—(Jurisprudencia)	341
		Arrendamiento. —El fallecimiento del arrendatario no extingue las obligaciones del fiador, desde que no existe dis-	

posición alguna legal que declare extinguida una obligación sin plazo por el fallecimiento de la persona obligada.	
Son aplicables al caso las disposiciones de los artículos 1757, 1265 y 1266 del Código Civil.—(Jurisprudencia).	341
Concurso de acreedores. —Declarada la compensación de una deuda en primera instancia, aunque luego se concurre el deudor, no podrá el Juez del concurso en virtud del artículo 1020 del Código de Procedimiento Civil entender en esa cuestión ya resuelta; de lo contrario podría darse el caso de que un Juez de igual ó inferior categoría revocase lo resuelto por el Juez que conoció con anterioridad á la formación del concurso.	
Por consiguiente, la cuestión sobre compensación en caso de apelación, debe resolverse independientemente del concurso.—(Jurisprudencia).	342
Registro del Estado Civil. —Competencia de las Secretarías de las Intendencias para expedir certificados del.—(Resolución gubernativa).	344
Poseción de bien mueble. —Es procedente la tercera de dominio fundada en la posesión de un bien mueble adquirido de buena fe, lo que hace presumible la propiedad, salvo la prueba en contrario, que no se ha producido.—(Artículos 693 del Código Civil, 468, 843 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).—(Jurisprudencia).	359

DERECHO COMERCIAL

Sociedad anónima. —Sobre validez de disposiciones contenidas en los estatutos de una sociedad anónima.	
Es perfectamente lícita la obligación de los accionistas de una sociedad anónima de efectuar sus compras exclusivamente en el establecimiento social.	
Es válida la cláusula relativa á la pérdida de las acciones é intereses que puedan corresponder al socio que falta á la obligación arriba indicada.	
Es válido el pacto de que el socio infractor podrá apelar ante una Asamblea extraordinaria y que renuncia á la acción judicial, pudiendo sin embargo acudir siempre á la justicia á pesar de la cláusula contra las violaciones de los estatutos y de las leyes que pueda cometer la Asamblea, por el doctor Pablo De-María.	18
Actos de comercio. —La usurpación de una marca de fábrica registrada no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito de carácter civil.	
Cuando se reclama el cumplimiento de obligaciones procedentes de hechos ilícitos ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil. (Título I, Libro II del Código de Comercio y artículo 1293 del Código Civil).—(Jurisprudencia).	20
Marcas de fábrica. —La usurpación de una marca de fábrica registrada no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito de carácter civil.	
Cuando se reclama el cumplimiento de obligaciones procedentes de hechos ilícitos ajenos á todo contrato entre las partes litigantes, el conocimiento del asunto corresponde á la jurisdicción civil.—(Jurisprudencia).	20
Sociedades anónimas. —La misión del Poder Ejecutivo al intervenir en la constitución de las sociedades anónimas se concreta á comprobar que los estatutos sometidos á su aprobación no atentan á los principios generales de derecho y que se ajustan á la legislación nacional, como también á asegurar que la sociedad cuenta con un capital realizable suficiente para llenar los fines para que fué creada.—(Jurisprudencia administrativa).	26
Retención. —El derecho de, por el doctor M. A. Olachea.	40
Marcas de fábrica. —Proyecto de ley para el Ecuador.	43, 62 y 71

Sociedades. —Probado que un socio comanditario ha hecho el aporte á que se obligó, queda libre de toda responsabilidad personal por razón de las deudas sociales.	
Si se embarga, para responder á deudas sociales, un bien perteneciente á un socio solidario en las condiciones expuestas, tiene éste en el juicio el rol de tercerista. (Artículos 425, 429, 430 y 506 del Código de Comercio).—(Jurisprudencia).	71
Seguros de incendio. —El hecho de contratar nuevos seguros sobre el mismo riesgo sin consentimiento de la Compañía que lo tiene ya asegurado, hace caducar el contrato de seguro.—(Jurisprudencia argentina).	77
Seguro. —Varias cuestiones sobre.	240
Sociedad civil que ejerce actos de comercio. —Son competentes los Juzgados de Comercio para entender en cuestiones que afectan á la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo y que se refieren á los barcos empleados por la misma, como ser las dragas y otros semejantes.	
La Empresa Constructora del Puerto, si bien es una sociedad de carácter civil por su objeto,—puede, no obstante, ejercer actos comerciales y quedar sometida por ello, á la jurisdicción comercial.	
Las embarcaciones empleadas por la Empresa entran dentro de la calificación legal de «bucques» que es de comprensión general, como lo demuestran los artículos 1031, inciso 2°, y 1080 de dicho Código;—no pudiendo alegarse que el objeto especial para que han sido construídas, les quite su carácter de buques, regidos por las leyes comerciales.—(Jurisprudencia).	279
Pólizas de seguros. —No puede considerarse una sociedad mutua,—cuyo carácter distintivo es el de administrarse por los mismos asegurados, los únicos que deben repartirse los beneficios,—una institución en que los asegurados fueron excluidos de la gestión de los negocios sociales y en que los administradores se repartían enormes beneficios y disponían de los fondos sociales en su exclusivo provecho.	301
Marcas de Fábrica y de Comercio. —Ley de.	353
Rematadores. —La ley no ha fijado una duración determinada para los remates públicos,—siendo, por consiguiente, válida la venta realizada en remate, aunque éste no haya durado sino breves minutos, siempre que se haya cumplido con las formalidades legales y no se mejoraran más las ofertas.—(Jurisprudencia).	357
Promesa de venta. —La promesa de venta de un bien raíz total, realizada por escritura pública, con entrega de la cosa y del precio, equivale á venta, no constituyendo la falta de venia judicial más que una nulidad relativa. (Artículo 1534 del Código Civil. La venia obtenida con posterioridad á la venta subsana esa nulidad, aunque no se haga nueva escritura. (Artículo 1544 del Código Civil).—Jurisprudencia).	373

DERECHO PENAL

Condena condicional. —La nueva ley española de, por	125, 140,
P. Durado.	154, 173
	y 186
Régimen penitenciario. —Exposición y crítica de nuestro, por el doctor José Irueta Goyena.	177, 197,
	209, 225,
	241 y 257
Injurias. —Existe delito de injurias, (de acuerdo con el artículo 404 del Código de Instrucción Criminal) por el hecho de atribuir por la prensa á un funcionario público la comisión de actos inmorales en la oficina en que se halla y la violación de la correspondencia que se encuentra bajo su guarda. Tratándose de los delitos calificados de Imprenta, corresponde la aplicación de los artículos 404 y siguientes del Código de	

Instrucción Criminal, como lo demuestran los artículos 360, 361 y 467 del Código Penal.—(Jurisprudencia)	200
Responsabilidad civil proveniente del delito. —Es procedente el embargo de una propiedad raíz para responder á las restituciones á que dé lugar el juicio por difamación, aunque el sumario no se halle terminado todavía, siempre que exista semiplena prueba del delito imputado. (Artículos 35 y 25 del Código Penal).—(Jurisprudencia)	219
Congreso Penitenciario. —	287
Fuerza irresistible. —No incurrir en el delito de defraudación el que, obligado por fuerza moral irresistible, vende una carga de avena que debía entregar como simple acarreador, para obtener los medios de atender una hija gravemente enferma, y con el propósito de restituirla luego, como lo hizo	301
Duelo. —Medidas contra él	304
Injuria. —La, en el Derecho Romano, por el doctor Rafael Herrera Vegas (hijo).	308
Falsificación. —El delito de. El caso del Padre Haretche.	310
Mendicidad. —Delito de. Sentencia del Presidente Magnaud	334
Hurtos de alimentos. —Sentencia del Presidente Magnaud	334
Matrimonios ilegales. —Interpretación del artículo 311 del Código Penal, por el doctor José Irureta Goyena	337

DERECHO PROCESAL

Jueces de Paz. —¿Procede el término extraordinario de prueba en los juicios menores de doscientos pesos de que conocen los Jueces de Paz?	
¿Cuál es el término ordinario de prueba en estos juicios?, por el doctor Pablo De-María	2
Término de prueba. —¿Procede el término extraordinario de prueba en los juicios menores de doscientos pesos de que conocen los Jueces de Paz?	
¿Cuál es el término ordinario de prueba en estos juicios?, por el doctor Pablo De-María	2
Laud arbitral. —Bastan dos votos conformes en el Tribunal de Apelaciones para dictar resolución en el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral. (Actas de la Asociación Jurídica), por el doctor Emilio Payssé	6
Sentencias. —Bastan dos votos conformes en el Tribunal de Apelaciones para dictar resolución en el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral. (Actas de la Asociación Jurídica), por el doctor Emilio Payssé	6
Código de Procedimiento Civil. —Historia de (11, 28, 46, las reformas de 1883. (Continuación)	63, 70 y 94
Sumario. —¿Durante la instrucción de un sumario, es procedente decretar la libertad absoluta del prevenido porque, según las diligencias practicadas en autos, la acción que corresponde entablarse es la privada?, por el doctor N. del Castillo	17
Juicios verbales. —¿Hay término extraordinario para la prueba en los juicios verbales?, por los doctores Brignole, Reyes Lerena y Costa Gutiérrez	33
Término extraordinario. —¿Hay para la prueba de los juicios verbales?	33
Juicio de jactancia. —Quien recibe la intimación prescripta por el artículo 806 del Código de Procedimiento Civil, para que dentro de diez días entable la acción que surge de la jactancia alegada, cumple con citar al actor á conciliación dentro del expresado plazo.	
La disposición legal mencionada no obliga á demandar dentro de los diez días; y no corresponde la declaración de cadu-	

dad de los derechos, cuando la citación á conciliación se ha hecho en tiempo y se demanda dentro de los treinta días siguientes á la conciliación.

La demanda debe ser presentada con copia; no presentándose ésta, el Actuario no debe recibir el escrito, pero si éste ha sido recibido sin copia, la omisión no puede producir el efecto de dar por no entablada la demanda.—(Véanse artículos 806 y 201 Código de Procedimiento Civil).—(Jurisprudencia)

Demanda.—La demanda debe ser presentada con copia; no presentándose ésta, el Actuario no debe recibir el escrito; pero si éste ha sido recibido sin copia, la omisión no puede producir el efecto de dar por no entablada la demanda

Impuesto de herencias.—Si se ha practicado en juicio sucesorio el inventario estimativo de los bienes, tomando para los inmuebles el aforo de la Contribución Inmobiliaria, y se venden aquéllos antes de liquidarse y abonarse el impuesto de herencia, debe tenerse como base para la liquidación, la suma obtenida en la venta de los inmuebles, y no el aforo de la Contribución Inmobiliaria. (Véase artículo 21 de la ley de 30 de agosto de 1893).—(Jurisprudencia)

Juicios verbales.—¿Procede una tercera audiencia para recibir la prueba de tachas? ¿Qué procedimiento debe seguirse en la presentación y determinación de testigos que van á declarar sobre el fondo del asunto?

Matrimonio. Publicación de edictos.—¿Cómo se cuenta el término de la publicación de los edictos que deben preceder al matrimonio: por ocho publicaciones ó por ocho días á contar de hora á hora de la fijación del edicto en la puerta del Juzgado?, por los doctores C. Schiaffino y E. de León

Pesquisas secretas.—Los Jueces de Instrucción pueden practicar investigaciones sin conocimiento del presunto inculcado y obtener por este medio la semiplena prueba que los autoriza para dictar orden de prisión.

Este procedimiento no importa realizar las pesquisas secretas abolidas por la Constitución de la República

La audiencia ó intervención del imputado no es preceptiva antes de que tenga éste la calidad de prevenido.—Informes de los Jueces Letrados de Instrucción. Vista del Fiscal de Corte y resolución de la Alta Corte de Justicia

Impuesto de herencias.—Las sucesiones cuyos causantes hayan muerto antes de la ley de agosto de 1893, con arreglo á las leyes anteriores de junio de 1837 y abril de 1857, deben pagar impuesto de extracción sobre el precio de tasación de los bienes en el juicio sucesorio correspondiente, y no sobre el producto de las ventas de los mismos bienes.—(Jurisprudencia)

Denuncia.—La denuncia de un delito no obliga al denunciante ni lo liga al procedimiento criminal, desde que presta un verdadero servicio á la comunidad al poner en conocimiento de las autoridades competentes, actos delictuosos que éstas están en la obligación de averiguar y castigar. El denunciante que justifica haber sido víctima de un robo, debe recibir el objeto robado sin ser obligado á pagar las costas causadas

Jurisprudencia.—Objeto y división de la, por el doctor W. V. Villarón

Condena condicional.—La nueva ley española de, por P. Dorado

Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires.

Sentencia.—Sobre aclaratoria de. En caso de solicitarse la aclaratoria de una sentencia, ¿desde cuándo se cuenta el término para apelar?, por el doctor Adolfo Berro García

Apelación.—En caso de solicitarse la aclaratoria de una sentencia, ¿desde cuándo se cuenta el término para apelar?, por el doctor Adolfo Berro García

Poseción.—Procede la acción para recobrar la posesión por simple privación injusta, sin que exista violencia ni clandestinidad, por el doctor Héctor Miranda

145

Acción para recobrar la posesión.—Procede la acción para recobrar la posesión por simple privación injusta, sin que exista violencia ni clandestinidad, por el doctor Héctor Miranda

145

Embargo.—No procede el embargo de la propiedad particular de una Escribanía actuaria, que ha sido objeto de un arrendamiento, para responder a la ejecución entablada contra el arrendatario por apropiación indebida de sumas entregadas en la oficina. La calidad de arrendatario de la Escribanía no coloca a éste bajo la dependencia del propietario arrendador, no siendo aplicable, por consiguiente, el artículo 1298 del Código Civil; y no pudiendo tampoco considerarse como persona jurídica a la entidad «Oficina Actuarial» (artículo 21 del Código Civil). No existiendo pacto expreso que establezca la solidaridad de las partes en la responsabilidad respecto de terceros por los hechos personales de uno de ellos (artículo 1365 del Código Civil), el arrendatario de la oficina es el único responsable de los desfalcos en ella ocurridos.—(Jurisprudencia)

151

Escribanía actuaria; embargo de.—No procede el embargo de la propiedad particular de una Escribanía Actuarial que ha sido objeto de un arrendamiento, para responder a la ejecución entablada contra el arrendatario por apropiación indebida de sumas entregadas en la oficina. La calidad de arrendatario de la Escribanía no coloca a éste bajo la dependencia del propietario arrendador, no siendo aplicable, por consiguiente, el artículo 1298 del Código Civil; y no pudiendo tampoco considerarse como persona jurídica a la entidad «Oficina Actuarial» (artículo 21 del Código Civil). No existiendo pacto expreso que establezca la solidaridad de las partes en la responsabilidad respecto de terceros por los hechos personales de uno de ellos (artículo 1365 del Código Civil), el arrendatario de la oficina es el único responsable de los desfalcos en ella ocurridos.—(Jurisprudencia)

151

Acumulación de procesos.—Es procedente la acumulación de procesos cuando siguiéndose a una persona dos juicios, uno del fuero militar y otro del ordinario, se ha sentenciado en el primero y siguen los procedimientos en el segundo, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 762 y 1153 del Código Militar y del artículo 282 del Código de Instrucción Criminal.—(Jurisprudencia)

148

Excrcelación.—Procede la excrcelación de los encausados por el delito de contrabando, cuando del mérito del proceso no haya de resultar pena corporal (artículo 502 del Código de Instrucción Criminal), aunque se pueda alegar para evitar su aplicación la existencia de la agravante de la nocturnidad en la ejecución del delito (inciso 4.º, artículo 871 del Código Penal), desde que se haya declarado en autos la falta de prueba al respecto, por lo que es innecesario entrar a averiguar si la nocturnidad es ó no inherente al delito de contrabando.—(Jurisprudencia)

181

Exhibición de títulos.—Es improcedente hacer efectivo el apercibimiento de arresto sobre exhibición de títulos de acuerdo con el artículo 904 del Código de P. Civil, cuando esa exhibición se exige, no al propio ejecutado que gravó el bien, sino a los herederos del mismo. El artículo 751 del Código Civil no es aplicable en el caso, porque la obligación de que se trata tiene carácter personal, ni tampoco corresponde abrir el incidente á prueba, desde que no ha sido ofrecida por la parte interesada.—(Jurisprudencia)

184

Injurias.—Existe delito de injurias, de acuerdo con los artículos 404 y 407 del Código de Instrucción Criminal, por el hecho de atribuir por la prensa á un funcionario público la co-

misión de actos inmorales en la oficina en que se halla y la violación de la correspondencia que se encuentre bajo su guarda.

Tratándose de los delitos calificados de imprenta, corresponde la aplicación de los artículos 401 y siguientes del Código de Instrucción Criminal, como lo demuestran los artículos 360, 361 y 467 del Código Penal.—(Jurisprudencia)

200

Embargo de sueldos.—Los acreedores que intervienen en un concurso y cuyos créditos no han sido garantizados con un embargo anterior, no pueden entrar á prorratear el embargo actual sobre el 15 % del sueldo del concursado, de acuerdo con el artículo 4.º de la ley de junio 12 de 1908, que establece que sólo se podrá embargar el 15 % para el pago de los embargos pendientes, ya trabados.

Con posterioridad á la vigencia de la ley, no pueden participar más que los acreedores que tenían embargo pendiente en los concursos que no tengan otros bienes que el embargo sobre el sueldo de un empleado.—(Jurisprudencia)

825

Concurso de acreedores.—Los acreedores que intervienen en un concurso y cuyos créditos no han sido garantizados con un embargo anterior, no pueden entrar á prorratear el embargo actual sobre el 15 %, del sueldo del concursado, de acuerdo con el artículo 4.º de la ley de junio 12 de 1908, que establece que sólo se podrá embargar el 15 % para el pago de los embargos pendientes, ya trabados.

Con posterioridad á la vigencia de la ley, no pueden participar más que los acreedores que tenían embargo pendiente en los concursos que no tengan otros bienes que el embargo sobre el sueldo de un empleado.—(Jurisprudencia)

825

Inventario.—La mujer casada puede ceder una parte determinada de la herencia que le ha sido deferida antes de la apertura judicial, sin que para ello sean obstáculo las disposiciones de los artículos 1066 del Código de P. Civil y 1053 y siguientes del Código Civil.

Corresponde al cesionario de los derechos hereditarios el practicar el inventario al liquidar la herencia, no debiendo responder la mujer casada, con sus bienes propios, al pago de las deudas hereditarias más allá del total del haber hereditario.—(Jurisprudencia)

827

Jurisdicción comercial.—Son competentes los Juzgados de Comercio para entender en cuestiones que afectan á la Empresa Constructora del Puerto de Montevideo y que se refieren á los barcos empleados por la misma, como ser las dragas y otros semejantes.

La Empresa Constructora del Puerto, si bien es una sociedad de carácter civil por su objeto, no obstante, ejercer actos comerciales y quedar sometida por ello, á la jurisdicción comercial.—(Artículo 6.º del Código de Comercio).

Las embarcaciones empleadas por la Empresa entran dentro de la calificación legal de buque, que es de comprensión general, como lo demuestran los artículos 1031 inciso 2.º y 1080 de dicho Código; no pudiendo alegarse que el objeto especial para que han sido construídas, les quite su carácter de buques, regidos por las leyes comerciales.—(Jurisprudencia).

279

Posiciones.—Es improcedente la oposición del actor en un juicio, á que uno de los codemandados absuelva posiciones que le fueron puestas por el otro coligante.

El artículo 437 del Código de Procedimiento Civil autoriza á la parte para interrogar á su adversario, por lo que el codemandado podría negarse á contestar el interrogatorio; pero el actor no puede oponerse á que sean absueltas las posiciones, desde que no le puede irrogar perjuicio y sí beneficiarle.—(Jurisprudencia)

291

Agentes Fiscales.—Los defensores de los municipios.—(Resolución gubernativa)

199

Actuarios.—Registro de diversos actos en los protocolos

de las Oficinas actuarias de los Juzgados Letrados Departamentales.

Conciliación.—Cuando el actor detiene los procedimientos en un juicio, no cumpliendo con el requisito de la conciliación ordenada por el Juez, corresponde al demandado, si quiere que se siga adelante el juicio, el citar al actor al juicio de conciliación.—No puede sostenerse que en este caso exista deserción del juicio por parte del actor.—(Artículos 9.º y 24 del Código de Instrucción Criminal, 1574 del Código Civil, 530, 281, 343 y 1316 del Código de Procedimiento Civil.—Jurisprudencia).

Auxiliaria de pobreza.—Es competente para entender en la declaratoria de pobreza el Juez Letrado de Instrucción de turno, cuando esa declaratoria se solicita antes de iniciarse la instrucción de un sumario y con el fin de entablar un juicio por injurias, de acuerdo con el artículo 2 de la ley de 27 de mayo de 1896 y los artículos 1283 y 748 del Código de Procedimiento Civil.—(Jurisprudencia).

Lauda arbitral. Ejecución de un.—Cuál es el procedimiento a seguir para ejecutar un laudo arbitral recaído en una rendición de cuentas por liquidación de sociedad mercantil.

El laudo desecha las cuentas presentadas y dispone que se presente nueva cuenta según las bases que indica.

El obligado a rendir la cuenta entiende que debe seguirse el procedimiento que el Código señala para el caso de liquidación de frutos ilíquidos, por el doctor Carlos M. de Pena.

Conciliación.—No procede llenar el requisito constitucional de la conciliación cuando se trata de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (caso 6.º, artículo 2.º de la ley de 25 de octubre de 1907).

Ni el artículo 107 de la Constitución, ni el artículo 261 del Código de Procedimiento Civil son aplicables, porque no existe verdadera contienda legal sometida a la decisión de los Jueces en estos casos. El artículo 44 de la ley de divorcio comprueba por lo demás, esta solución.—(Jurisprudencia).

Injurias.—Es procedente la acción por injurias, realizada con abuso de la libertad de escribir (artículos 404 y 407, inciso 1.º del Código de Instrucción Criminal), cuando se ataca por la prensa descarada y gravemente a personas que ejercen el sacerdocio, atribuyéndoles hechos calumniosos.

En estos casos, no procede abrir la causa a prueba, desde que los sacerdotes no ejercen funciones públicas sino excepcionalmente y lo que a ellos se refiere recaerá sobre su vida privada, siendo de estricta aplicación, por consiguiente, el artículo 343 del Código de Instrucción Criminal.—(Jurisprudencia).

Prueba.—Es procedente la acción por injurias, realizada con abuso de la libertad de escribir (artículos 404 y 407, inciso 1.º del Código de Instrucción Criminal), cuando se ataca por la prensa descarada y gravemente a personas que ejercen el sacerdocio, atribuyéndoles hechos calumniosos.

En estos casos, no procede abrir la causa a prueba, desde que los sacerdotes no ejercen funciones públicas sino excepcionalmente, y lo que a ellos se refiere recaerá sobre su vida privada, siendo de estricta aplicación, por consiguiente, el artículo 343 del Código de Instrucción Criminal.—(Jurisprudencia).

Tercera instancia.—Ley que la suprime en los juicios correccionales y criminales y crea los recursos de casación y revisión.

Obra nueva.—La introducción de ganados en un campo por la persona que ha realizado construcciones en él, que han dado origen a que se le siga un juicio por obra nueva, introducción efectuada con posterioridad a la intimación de

suspensión de la obra, no puede en manera alguna considerarse como obra nueva y ordenar, por consiguiente, su retiro. Contra el hecho de la introducción de ganados puede accionarse ejerciendo los interdictos posesorios, pero no con el juicio de obra nueva que la ley reserva para casos extraordinarios que no pueden ampliarse por analogía.—(Jurisprudencia).

Jurado.—Las manifestaciones hechas en el veredicto por el Jurado, de que hubo legítima defensa, no obligan a los Jueces de derecho; pudiendo éstos apreciarlas para ver si reúne los requisitos que la ley estatuye para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad.—Ver esta REVISTA, tomo 10, página 1031.—(Jurisprudencia procesal).

Actuarios.—Corresponde a los Actuarios el permitir o prohibir, según las circunstancias, el examen de los expedientes,—desde que ese derecho es concedido por la ley sólo a las partes, a sus apoderados o al Ministerio público. (Artículos 292 y 139 del Código de Procedimiento Civil).—(Jurisprudencia).

Ejecución de sentencias extranjeras.—Convenio entre España y Colombia.

MISCELANEA

Año XV, por Justino Jiménez de Aréchaga.

A los señores suscriptores.

Actas de la Asociación Jurídica.—Sesión del 17 de agosto de 1908.—(Continuación).

Aduanas.—El artículo 175 del Reglamento General de Aduanas.

Los hachoneros que conducen mercaderías para buques determinados en los permisos respectivos, responden de las infracciones que cometen; responden si las mercaderías son rechazadas del buque designado en los permisos, y en vez de volver al fondadero y dar cuenta, las conducen a otro buque que se encuentre autorizado para recibir carga.

El artículo 175 del Reglamento General de Aduanas (no es aplicable a la infracción citada. Sentencia del doctor F. M. Castro).—(Jurisprudencia).

Código de Procedimiento Civil.—Historia de las reformas de 1883.—(Continuación).

El Escribano Moderno.

Marcas de fábrica.—La usurpación de una, no constituye un acto de comercio, sino un acto ilícito de carácter civil. Su conocimiento corresponde a la jurisdicción civil.—(Jurisprudencia).

Impuesto de herencias.—Si se ha practicado en juicio sucesorio el inventario estimativo de los bienes, tomando para los inmuebles el aforo de la Contribución Inmobiliaria, y se venden aquéllos antes de liquidarse y abonarse el impuesto de herencia, debe tenerse como base para la expresada liquidación, la suma obtenida en la venta de los inmuebles, y no el aforo de la Contribución Inmobiliaria.—(Jurisprudencia).

Marcas de fábrica, proyecto de ley para el Ecuador.

Intendencias Municipales.—Ley de.

Contrabando.—Excercelación.

Marcas de fábrica y de comercio.—Confusión

de marcas: Baumann Hnos., marca «León y Jarra».—Oposición de Groscurth, Walder y C.ª, marca «León».

Arturo Sollier, marca «Monte Rey».—Oposición de los propietarios de la marca «Hoyo de Monterrey».

López y Novo, marca «Yoga Cristal».—Oposición Ramón Pedraza é hijo, «Super Soda Cristal».

Torrada, Castello y C.ª, marca «La Sanitarias», con Miguel Jané, marca «Agua de Jané».

Oteiza Hnos., marca «Papel Pum».—Oposición de J. Granar y C.ª, marca «Papier Duc».

	PÁGINAS		PÁGINAS
La denominación «Excelsior» puede constituir marca para distinguir aceites minerales: J. Granara y C.a., con Oleza Hnos.	189	Sólo corresponde al Poder Legislativo el conceder la ciudadanía legal, en mérito á los importantes servicios prestados por un agente consular en el extranjero. — (Jurisprudencia)	247
Escudo Británico: R. F. y J. Alexander y C.a.	191	Calles, avenidas y ramblas. — Ley sobre el ancho de las	253
El nombre comercial como componente de las marcas de fábrica ó de comercio: Chiarino Hnos., con María R. de Chiarino, respecto al registro de la marca «Chiarino»	191	Legislación obrera en Inglaterra. —	287
La presentación de la prueba del registro de una marca en el país de origen, sólo tiene por objeto comprobar la propiedad de ella: Vacuum Oil Company, marca «Gargoyle»	206	Congreso Penitenciario. —	287
La marca «La Favorita». — Dos etiquetas	206	Empedrado. — Sobre pago de. En el precio del empedrado de una calle, para el pago que deben realizar los propietarios colindantes, no deben comprenderse ni el valor de los desmontes, ni el de los terraplenes ú otros cualesquiera que se efectuaren para la pavimentación de la vía de tránsito.	
El color como componente de las marcas: Strauch y C.a., Etiqueta especial	207	El decreto-ley de 1877 pone á cargo de los propietarios el empedrado de las calles, y por empedrado no puede entenderse sino el afirmado de piedra, cualquiera que fuere su clase	293
Los envases sólo pueden constituir marcas cuando presenten caracteres de novedad suficiente para hacerlos objeto de un derecho privativo: Strauch y C.a., Registro de un envase	207	Ochavamiento. — El, y la ley de construcciones. Resolución gubernativa	296
Las modificaciones que alteren el conjunto de la composición que se registra como marca no quedan protegidas por el registro: Guillermo Johnston, marca «Tigre»	208	Vista del doctor Alfonso Pacheco	297
Sobre el mejor derecho al registro de marcas: Curt Berger y C.a. con Coates y C.a., marca «Continental»	219	Los Agentes Fiscales, defensores de los municipios. — Resolución gubernativa	298
Clemente Martín Viladach con Viuda de F. Béch, marca «Jaramago Y.»	219	Caza. — Infracciones de la ley de caza en Francia. Responde del envío por ferrocarril de caza prohibida, — cuando la pieza, aunque cazada en un departamento en que la caza estaba permitida, es enviada á otro en que no lo estaba, — la empresa ferroviaria y no el expedidor	301
Marca para distinguir una publicación periódica: Francisco Schmidt, marca «Chic Parisien»	220	Huelga. — El derecho á la, y los funcionarios públicos	302
Barclay y C.a., marca «18 de Julio»	220	El doctor Manuel Herrero y Espinosa	305
Marca de comercio: Guillermo Johnston, marca «Pasta Johnston»	221	Discurso del doctor Lima Drummond.	317, 333
Falsificación de marcas: Herrmann y C.a., marca «Bilz», con Valencio y C.a., marca «Zig-Zag-Pilz»	221	Revistas jurídicas	320 y 376
Marca de comercio. — Usurpación de una	223	Marcas de fábrica. — Nota honrosa para la Cámara de Comercio	321
Doctor Domingo Mendilaharsu.	193	La opinión pública como factor en las democracias americanas, por el doctor L. J. Rowe	322
Doctor Luis Piñeyro del Campo.	369	Secretarios de las Intendencias — Su competencia para expedir certificados de partidas del Registro del Estado Civil. — (Resolución gubernativa).	344
Barracas de carbón. — (Las) y la ordenanza de la Junta Económico-Administrativa del 10 de octubre de 1907. Resolución gubernativa	235	Intendentes. — Intervención exclusiva de los, en las escrituraciones de bienes del Municipio y en los llamamientos á propuestas. — (Resolución gubernativa).	344
Ciudadanía. — El hecho de desempeñar durante largos años el cargo de Agente Consular de la República en el extranjero, no es suficiente para que pueda obtenerse la carta de ciudadanía legal, si no se ha cumplido con el requisito de la residencia establecido por el artículo 8.º de la Constitución.		Marcas de Fábrica y de Comercio. — Ley de	353
Debe entenderse por residencia el domicilio, la vecindad dentro del territorio nacional; no pudiendo aceptarse la ficción de que, el funcionario público que ejerce un cargo fuera del país, se halle residiendo en él.		Sociedad de Legislación Comparada.	365
		Un periódico de penados.	368
		Instituto Ibero-Americano de derecho positivo comparado	368

