

EXPEDIDAS

EN EL CARÁCTER DE FISCAL

DE LAS

CÁMARAS DE APELACIONES DE LA CAPITAL



TOMO III

BUENOS AIRES

IMP. EUROPEA, MORENO ESQUINA A DEFENSA

1887

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
NO. DE ORDEN	51.451
UBICACIÓN	J 1466 J

**Adolfo Grau — Editor**

**Lima 525**



# ÍNDICE DEL TOMO III

## PARTE PRIMERA

---

Cámara de lo Civil

---

### SECCIÓN PRIMERA

#### Cuestiones de fondo

---



PAO.

---

LXXIV—FILIACIÓN NATURAL.—*Sumario*.—En esta causa la pretensión de la demandante aparece exenta de toda sospecha de interés.—El demandado carece de fortuna; y no posee tampoco un nombre ilustre.—Ningún otro móvil ha podido inducir á la actora á soportar los azares de un pleito que el obtener el estado de familia que le correspondia.—En este supuesto, se necesita menos prueba, para persuadirse de la verdad de los hechos alegados, que en la hipótesis contraria.—La declaración de la madre moribunda no carece ciertamente de importancia.—Por la antigua Legislación, la tenía grandísima en el delito de estupro, la declaración de la víctima.—Aunque la Jurisprudencia haya cambiado, en el caso presente obran otras pruebas contra el demandado.—Entre ellas debe tenerse en cuenta la falta de contestación directa sobre los hechos fundamentales de la demanda.—Se advierte también que al resis-





tría, aquel procedía en el concepto equivocado de que la acción para el reconocimiento de la paternidad, no podía deducirse, sino después de la muerte del padre; ni comprobarse, sino por la posesión de estado.—No habiéndosela, pues conferido á su hija, aunque en secreto la hubiera hecho criar más de un año, se consideraba seguro de toda reclamación.—La indicada doctrina no es aplicable al caso, pues habiéndose entablado la demanda en vida del padre, es admisible en su apoyo todo género de prueba.—Además de la que se ha expresado, obran varias declaraciones positivas de personas dignas de crédito.—Sobre los hechos domésticos ó de familia, el parentesco no es tacha legal en los testigos.—Reunida en conjunto toda la prueba producida es suficiente á justificar la demanda.—Debe por tanto en justicia, confirmarse la sentencia apelada, que declara la filiación natural..... 3

LXXV.—FILIACIÓN NATURAL.—*Sumario*:—El Juez *á quo* ha desechado la demanda en indagación de la maternidad, por no resultar bien comprobada la posesión de estado.—En cuanto á los casos ocurridos antes de la ley de correcciones; es inexacto que el C. Civil, aún después del fallecimiento de los padres, requiriese la posesión de estado.—El error contrario proviene de la aplicación irreflexiva de doctrinas referentes á la Legislación francesa, basada sobre principios opuestos á los que adopta la nuestra.—Prohibiendo absolutamente el C. Napoleón la indagación de la paternidad natural; la escuela de Demolombe pugna por hacer admitir la prueba de la posesión de estado, por cuanto menos que una indagación, importa el reconocimiento tácito.—Nuestro Código no sólo permite la indagación de la filiación natural, sino que para justificarla admite todo género de prueba.—La doctrina de Demolombe sólo es aplicable al padre, pues el C. Napoleón permite la indagación de la maternidad, aunque el hijo no tenga posesión de estado, desde que exista principio de prueba por escrito, que el nuestro no requiere.—De consiguiente, tratándose en este caso de la indagación de la maternidad, la doctrina invocada por el Juez sería erróneamente aducida, aún bajo el imperio de la Legislación francesa.—Así, pues, la resolución que corresponde en justicia, en el asunto de que se trata depende únicamente de valorar con exactitud, el mérito de las pruebas producidas sobre la filiación.—Estas á juicio del Fiscal son suficientes; y consisten: 1° En la declaración directa de un testigo sin tacha.—2° En la confesión extra-judicial, pero reiterada de la madre, bien comprobada.—3° En el parecido de su fisonomía con la del demandante.—4° En fin, en haberlo ésta instituido heredero, en un testamento, de la mitad de sus bienes, llamándolo sobrino, sin serlo realmente.—Siendo pues, satisfactoria y completa la prueba de la filiación producida por el reclamante, debe revocarse la sentencia apelada aunque aquél no haya tenido posesión de estado..... 8



- LXXVI—FILIACIÓN NATURAL.—Sumario:**—Este pleito se suscita por tercera vez; habiendo concluido las dos primeras por desistimiento de la demandante, que en la segunda reconoció además, que había adquirido datos sobre su verdadero padre.—De esta circunstancia han surgido dos graves cuestiones relativas al procedimiento.—¿Puede admitirse legalmente la nueva demanda, à pesar de los desistimientos anteriores?—¿Puede hacerse valer en los presentes autos, la prueba testimonial producida en los anteriores, sin ratificarse?—En la primera cuestión, resultando haberse obtenido por dinero los referidos desistimientos, no puede verse en ellos más que una transacción encubierta y nula como reprobada por derecho, à la cual no deben atribuirse efectos legales.—En la segunda, estando resuelto que los autos anteriores concluyeron legalmente; y habiendo empezado el pleito actual por nueva demanda, los testigos producidos anteriormente, han debido ser ratificados.—Relación de los hechos concernientes al asunto, que se deduce de lo expuesto por la demandante.—El demandado los ha negado absolutamente, justificando su buena reputación, y que sus amigos no han tenido conocimiento alguno de ellos.—Reflexiones que surgen de la expresada relación, y que la hacen inverosímil.—Exàmen en particular de cada una de las declaraciones aducidas por la actora.—Calidad de los testigos, inverosimilitud, inexactitudes y contradicciones en que incurren.—La prueba resultante de aquellas es insuficiente; y en consecuencia, es justa la sentencia apelada, que declarando no justificada la filiación que se reclamaba, absuelve al demandado..... 13
- LXXVII—FILIACIÓN NATURAL.—Sumario:**—Relación del caso: la demandante se presentó reclamando su filiación natural; y como dedujese la acción después del fallecimiento del padre, ofreció comprobar la posesión de estado.—No habiendo nombrado à la madre, ó si la designó después, no habiendo comprobado su aserto, se objetó la demanda como deficiente, por faltar en ella, uno de los extremos legales en que debía fundarse.—Con este motivo se examina la cuestión de sí, debiendo acreditarse que no había impedimento entre los padres para casarse, la acción de filiación natural pueda dirigirse contra uno sólo de ellos, sin designarse el otro—¿À quién corresponde en este caso la prueba, si al demandante sobre la falta de impedimento, ó al demandado acerca de su existencia?—Examen en general de la prueba de la posesión de estado, rendida por la parte actora, sobre la cual se observa que por las circunstancias del caso, los hechos que se alegan como constitutivos de aquella, tienen un caracter indefinido y ambiguo.—Exàmen detallado de esa prueba, cuya insuficiencia se demuestra.—Prueba producida por la demandada que acredita concluyentemente, que el supuesto padre natural de la demandante, nunca se consideró, ni condujo como tal.—Lo que constituye en rea-



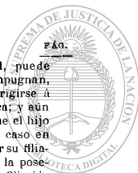
lidad la posesión de estado para un hijo natural.—Error que se comete, cuando aplicándose los principios del Código Francés sobre la posesión de estado de los hijos legítimos, se exigen las mismas condiciones en la de hijo natural.—En ésta no es esencial la presentación solemne del hijo natural á la familia, las relaciones y la sociedad, que no toleran nuestras costumbres.—Explicación de la doctrina expuesta por el Dr. Velez, en la nota al art. 325 del Código Civil.—Respuesta al argumento que se hace para exigirse la publicidad en el sentido indicado respecto á la posesión de estado de hijo natural, por analogía de la que requiere la posesión para prescribir.—El estado de familia es imprescriptible; y en las cuestiones de filiación natural, la posesión de estado se exige solamente, como prueba de reconocimiento tácito del padre.—Esa prueba debiendo fundarse en actos propios de éste, y que revistan los caracteres de la evidencia, no podrían suponerse ignorados por él: ni tacharse la posesión de clandestina.—En el caso *sub-judice*, la insuficiencia de la prueba, acerca de la posesión de estado, proviene de fundarse en hechos dudosos ó ambiguos, y de haber sido además, superada por prueba contraria..... 24

XXVIII—FILIACIÓN LEGÍTIMA—*Sumario*:—Relación del caso: la demandante se presentó acompañando los documentos necesarios, y pidiendo ser declarada hija legítima. Entre esos documentos figura la partida de casamiento de sus padres, respecto de la cual se nota que no se sentó inmediatamente después de celebrado éste, sino mucho después por resolución de la Curia—El demandado negó haber sido casado con la madre de la demandante, y en cuanto á la partida de casamiento observa haberse insertado en los libros parroquiales, á mérito de una sumaria producida sin su conocimiento—El Juez *a quo* considerando auténticos los documentos producidos, los cuales tienen la presunción en su favor, ha fallado reconociendo la filiación legítima—Para que las partidas sacadas de los libros parroquiales hagan fe en juicio, se han de presentar en buena forma lo que no sucede con la de casamiento—Si hubiese habido omisión en aquellas, se suple por información sumaria.—Corresponde á la Curia el recibirla, pero cuando se aduce en los Tribunales á los efectos civiles, los Jueces deben determinar su valor examinando la forma extrínseca é intrínseca—La partida de que se trata, habiendo sido sentada en virtud de una sumaria producida sin citación de parte, carece de todo valor—No menos por derecho canónico que por el civil, la citación y audiencia del interesado son esenciales en el procedimiento; y su omisión produce nulidad insanable—Esta doctrina es general: no se concreta á determinados juicios, sino que los comprende todos, ordinarios y sumarios—Casos análogos que se mencionan en el derecho civil y que pueden ilustrar la resolución en el presente—Habiéndose otorgado el documento en cuestión en mérito



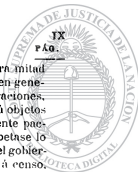
to de una sentencia, el reconocerlo sería dar cumplimiento á ésta.—Las sentencias dictadas fuera del país no pueden ejecutarse contra personas avecindadas en él, si se hubiesen pronunciado en rebeldía.—Mucho menos podrían llevarse á ejecución si como sucede esta vez, se hubiesen dado sin citación, ni audiencia de partes; pues ni el nombre de sentencias merecerían.—Debe tenerse por nulo el documento de que se trata, y en consecuencia revocarse la resolución apelada, que considerándolo válido, lo toma por base..... 42

- I, XXIX.—FILIACIÓN LEGÍTIMA Y ESPÚREA.—*Sumario*:—Relación del caso: de cuatro hermanas por parte de padre y madre, encontrándose la mayor en posesión de una capellanía, es demandada sobre ésta por la tercera, que alega mejor derecho; por cuanto siendo ella legítima, supone que las otras dos mayores son adúlterinas.—La demandada opone á esa pretensión, cosa juzgada; por hallarse decidido judicialmente y con intervención de la demandante, que le corresponde el patronato de dicha capellanía.—Observa además, que no habiendo sido desconocida por el primer marido de su madre, durante cuyo matrimonio, se pretende que ha nacido, su hermana que no es heredera de aquél, carecería de acción para suscitar cuestión al respecto.—Que fundándose la acción deducida en la calidad de hija adúlterina que se le atribuye; y siendo prohibida toda indagación de esta clase de filiación, el juicio iniciado sería improcedente.—Que siendo personal el derecho al patronato, debe prescribirse por diez años, que se hallarian vencidos, á contarse según corresponde, desde el fallecimiento de su madre, por el cual vacó la capellanía.—En fin, que en ningún caso, el patronato de ésta podría corresponder á la demandante, desde que existe otra hermana mayor que ella, que habiendo nacido después de disuelto el primer matrimonio de la madre común, habria sido legitimada por el segundo. Exámen de la prueba producida por la demandante y de las excepciones propuestas por la demandada.—¿Cuándo hacen cosa juzgada las resoluciones judiciales? Doctrina de Bonnier aplicable al caso *sub-judice*, y que resuelve la cuestión.—¿Si el reconocimiento que alguien haga de la legitimidad de un hermano, le impide cuestionarla más tarde? Jurisprudencia francesa: doctrina del Código Argentino.—¿Si el hijo nacido en ausencia del marido, después de diez meses desde que éste se ausentó, goza de la presunción de legitimidad? Resolución del Código Chileno: doctrina del Dr. Segovia.—Acciones concernientes á aquella: desconocimiento de la paternidad, contestación de la legitimidad y cuestión de estado.—¿Cómo se justifica, según Derecho, la filiación legítima?—Diversidad de efectos de la clase de prueba que al respecto puede producirse.—Por la Legislación francesa, la posesión de estado en conformidad al título, no puede impugnarse; pero si, por nuestro Código Civil.—En defecto de documentos y de pose-



sión de estado, el hijo para demostrar su legitimidad, puede valerse de toda clase de pruebas; pero los que la impugnan, gozan la misma libertad—La prueba de éstos puede dirigirse á justificar que aquél no tuvo por madre á la que indica; y aún establecida la maternidad de la esposa, á acreditar que el hijo no pertenece al marido—Esta doctrina es aplicable al caso en cuestión, por cuanto la demandada no puede acreditar su filiación legítima ni por los documentos requeridos, ni por la posesión de estado—¿Si la prohibición de indagarse la filiación adulterina sea absoluta, á favor y en contra del hijo; ya se intente como acción ó como escepción, directa ó indirectamente? —En Francia, hasta el año 39, las opiniones estaban divididas; y se pronunciaron varios fallos por la negativa—Los autores no están acordes sin embargo, en todos los casos; no alcanzan á salvar las dificultades que se presentan; y algunos de ellos critican la jurisprudencia que ha venido á establecerse—La razón fundamental que alegan por la afirmativa, es la de que prohibiéndose también el reconocimiento de tales hijos, dicha disposición no procede por disfavor á los mismos, sinó consultando la moralidad, con evitar el escándalo—¿Qué doctrina debe prevalecer al respecto, en la materia, por el Derecho Civil Argentino?—Desde luego, falta en éste, la razón fundamental invocada por los juriconsultos franceses, pues nuestro Código permite el reconocimiento de los hijos adulterinos—Opinión emitida en esta causa por el Juez *a quo*, sobre que por nuestro Derecho, la indicada prohibición no debe considerarse absoluta—Se comprueba la verdad de esta tesis con la enumeración de todos los casos en que siendo necesaria dicha indagación, se encuentra permitida—No estando fundada todavía la capellanía, no puede haberse prescripto el derecho de reclamarla—La demandada no ha podido prescribir el patronato que sólo ha poseído dos años; mucho menos, cuando su posesión sólo se concede sin perjuicio de tercero—Lo único que habria podido prescribirse, seria la obligación de fundar la capellanía; pero la demandada habria renunciado á esta prescripción, por el hecho de reclamar el patronato, que supone vigente aquella obligación—La observación de que la demandante no demuestra cumplidamente su derecho, por cuanto existe otra hermana que puede tenerlo mejor, no es conducente; desde que se haya declarado que este juicio no es de reivindicación, sinó de preferencia en el derecho de poseer entre las que litigan—Fuera de duda, la demandante ha acreditado mejor derecho que la demandada; el de la otra hermana, no habiendo sido deducido, no puede ser tomado en consideración; pero debe quedar á salvo.....

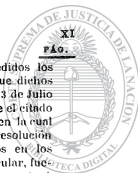
**LXXX—REDENCIÓN DE CAPELLANÍAS—Sumario:**—Exposición del caso: la cuestión consiste en resolver si una capellanía de cuatro mil pesos plata, fundada en 1806, puede ser redimida,



abonándose el capital, la mitad en efectivo y la otra mitad en papel—La ley de 30 de Abril de 1828, al establecer en general esta forma de pago para la cancelación de las obligaciones, exceptuó los capitales impuestos á censo ó destinados á objetos piadosos—Para lo futuro esta ley permitía expresamente pactar sobre la moneda del pago; y ordenaba se respetase lo estipulado—Por ley de 12 de Julio de 1839, á consulta del gobierno, se declararon válidos los pagos de los capitales á censo, que se hubiesen verificado, la mitad en efectivo y la otra mitad á papel—Sentido y alcance de esta disposición; á qué clase de censos se referia su resolución?—De ninguna suerte podria aplicarse á los censos establecidos después de la época de la inconvención, con estipulación de moneda metálica para el pago; pues de otra suerte, las mencionadas disposiciones resultarían contradictorias—No serían por tanto aplicables, en cuanto permitían el pago de la mitad del capital á papel, á la capellanía de que se trata, por haber sido no solamente fundada con posterioridad á la inconvención, sino también establecida en términos expresos, á moneda metálica—Disposiciones legislativas dictadas en los últimos tiempos al objeto de suprimir los censos y capellanías—Aunque considerándolos perjudiciales, deseaban su extinción, han procurado no obstante conciliar la libertad de las fincas, con los derechos ya adquiridos—La ley de 13 de Junio de 1858 para facilitar la redención de las capellanías, no tuvo por objeto determinar la moneda en que aquella se habia de hacer, sino la proporción porque debia fijarse el capital con relación á la renta—Razones especiales que se alegan en el caso presente, para justificar la redención del capital, mitad en efectivo y mitad á papel—Se expone que así quedó establecido en el arreglo judicial de una testamentaria, que comprendia la finca gravada—Este fué un error que puede salvarse en cualquier tiempo, pues el auto de aprobación es con calidad de *sin perjuicio*; mucho más no habiendo intervenido el Fiscal en el referido arreglo—Se pretende negar que la renta del capital fuese el 5 %; pero esto resulta probado; lo han reconocido antes los interesados; y en todo caso debe presumirse—Se invoca la autoridad del Dr. Velez Sarstfield para explicar la ley de 10 de Junio de 1858, en el sentido de que por ella se permitía la redención de las capellanías, mitad en efectivo y mitad á papel, cualesquiera que sean la época de su fundación y la moneda estipulada—Las palabras del Dr. Velez Sarstfield en la discusión de dicha ley, al clasificar de injusto el privilegio acordado en la del año 1828, á los censos y capellanías, no tienen el alcance que se les atribuye, ni apoyan la indicada pretensión—Se alega también en favor de la redención en la forma expresada, el convenio celebrado entre el poseedor actual y el futuro sucesor; pero este convenio no puede admitirse como válido, desde que perjudicaria á la causa pública—No es

exacto según se alega, que la institución no se menoscaba con reducirse el capital, siempre que quede lo bastante, para costear con su renta, las cargas de la capellanía—Se apela por último recurso, á la ley de curso forzoso sancionada el año antepasado; pero esta disposición es inaplicable al caso, como se demuestra, con varias consideraciones.....

- LXXXI—PAGO HECHO AL FALSO PROCURADOR—*Sumario*:—Hallándose extraído del Banco Provincial, fondos depositados en el pertenecientes á una testamentaria, por medio de un poder falsificado, se discute sobre quién hayan de recaer los efectos de la estafa, si sobre el Banco, el cual deba ser obligado á pagar de nuevo; ó sobre la sucesión, teniéndose por válido, el pago realizado por éste al falso mandatario ..... 101
- LXXXII—DEMANDA DE REIVINDICACIÓN—*Sumario*:—La sucesión de D. Miguel Irigoyen reclama como de su propiedad un terreno que ocupan la Casa de Ejercicios y el Hospital de Mujeres —La demanda se funda en que dicho terreno perteneció en común á los causantes de la demandante y demandados—De ese antecedente sólo se deduciría que el terreno corresponde á éstos en común; pero se pretende que por un acto especial se adjudicó á Irigoyen—No aparece sin embargo tal adjudicación, ni el que esa parte quedase indivisa en la partición de un lote mayor en que se hallaba comprendida—De los documentos relativos á esto sólo se deducen ciertas indicaciones que parecen favorecer á la sucesión demandante—Resulta empero que tales indicaciones son manifestamente equivocadas—Además son contrarrestadas por otros datos de más importancia que se enumeran—Entre tanto constando que hubo partición; y habiendo los demandados poseído exclusivamente por más de veinte años el terreno cuestionado, lo habrían prescrito—No obsta al efecto el que á la muerte de Irigoyen, sus hijos fuesen menores de edad, y el que según el Código, la prescripción no corra contra éstos—En el caso *sub-judice*, la prescripción estaría sujeta á las disposiciones de la antigua Legislación—Según el Derecho Español, aunque tampoco corria contra menores la prescripción ordinaria, se exceptuaba el caso de haber empezado ya á correr contra sus causantes—Esta excepción sería aplicable al de que se trata, por cuanto aquella habria empezado á correr contra Irigoyen—Los menores llegando á la mayor edad durante un cuatrienio, habrían tenido restitución *in integrum*—En el presente caso sin embargo, el cuatrienio se habria vencido sin que los interesados hubiesen deducido el expresado recurso..... 106
- LXXXIII—EXPROPIACIÓN IRREGULAR DE UN TERRENO—*Sumario*:—Relación del caso: siendo demandada la empresa del Ferrocarril del Norte, por indemnización del valor de unos terrenos que ocupa en San Isidro, denominados «del Santo», aunque reconoce haberse apoderado efectivamente de ellos, se niega á la



indemnización, alegando que el Gobierno le tenía cedidos los terrenos de propiedad pública que ocupase la vía; y que dichos terrenos fueron declarados públicos por decreto de 13 de Julio de 1864—Esto sin embargo no es exacto, pues aunque el citado decreto fué expedido en mérito de una vista fiscal, en la cual se mencionaban como públicos aquellos terrenos, la resolución se redujo á declarar públicos los terrenos de ejidos en los pueblos de campaña, que sin ser de propiedad particular, fuesen conocidos por alguna denominación especial—Respecto á los terrenos de que se trata, consta por documentos auténticos que remontan á 1706, haber pertenecido á D. Domingo de Ascaso, quien los donó á la iglesia de San Isidro—No quedaban por tanto comprendidos en dicha declaración, ni hay por esto tampoco, necesidad de examinar la constitucionalidad del enunciado decreto, en verdad más que dudosa; porque el determinar por reglas generales, las cosas que pertenecen al dominio público, es sin duda alguna atribución legislativa—Aunque las cosas hubiesen pasado de esa manera; y el Gobierno realmente, anulando legítimos títulos, hubiese conferido uno nuevo á la empresa demandada, la cuestión debía resolverse en justicia, desconociéndose la validez de tales actos—No es exacto que esto excediese las facultades de los tribunales ordinarios, por corresponder exclusivamente á la Suprema Corte Provincial; pues en tales casos, ésta ejercía unas veces, jurisdicción originaria y otras solamente por apelación—Tan falso es con todo, que el Ejecutivo por el mencionado decreto de 13 de Julio de 1864, declarase públicos los terrenos denominados «del Santo», que por el contrario, reconociéndolos más tarde, como pertenecientes á una capellanía, la mandó redimir por decreto de 7 de Abril de 1865; y posteriormente, en acuerdo de 1.º de Febrero de 1872, se determinó también la manera de procederse á la indicada redención—Sin embargo, en este acuerdo del Gobierno, se cometió el error de considerar capellánicos los terrenos de que se trata, siendo así que la capellanía se hallaba constituida en otras fincas; y aquellos eran la dotación de la iglesia, según lo manifiestan los títulos—Sí, pues, se ha reconocido personería en este asunto, al patrono de la capellanía, que lo era también de la capilla, se ha de entender solamente, para defender la institución; más no, para percibir el valor de la indemnización que reclama, el cual debe depositarse, con conocimiento de la autoridad eclesiástica, á fin de que continúe sirviendo al destino á que se encuentra afectado . . . . . 111

LXXXIV—DEUDAS DE MENORES—*Sumario*:—Relación del caso: demandándose el pago de la deuda, de una sucesión en que hay menores interesados, sólo se comprobaba con los libros del acreedor—Sin embargo, no habiendo contestado la demanda, el representante de la sucesión, ni concurrido á absolver posiciones, la testamentaria fué condenada—Habiendo apelado el



defensor, observa que en casos tales, la pena de ser tenido el rebelde por confeso, sólo es aplicable cuando es el mismo dueño del pleito quien incurre en rebeldía—Que exigiendo el reconocimiento de una deuda autorización especial, el procurador no podría hacerlo, ni expresa ni tácitamente, á menos de hallarse facultado—En sentido contrario puede decirse que el poder para contestar la demanda, como la facultad de absolver posiciones, importa autorización para confesar el contenido de aquella—Haciendo el procurador la misma persona que el demandante, éste se responsabiliza por la conducta de aquél y debe sufrir las condenaciones civiles que sobre él recaigan—Estas doctrinas sin embargo no son aplicables á menores, ya porque sus representantes no pueden reconocer ninguna deuda no comprobada, como porque la representación que éstos invisten no es completa—Exigiéndose la intervención del defensor para la validez de cualquier acto que puede perjudicar á incapaces, y no habiendo éste en el caso *sub-judice*, reconocido la deuda que se reclama, no ha debido darse por comprobada. 118

LXXXV.—ALUVIÓN EN RÍOS NAVEGABLES.—*Sumario*.—Relación del caso: hecha mensura de un terreno, cuyos títulos determinaban la extensión, designando al mismo tiempo límites ciertos, y entre éstos el Río de la Plata, resulta mucha mayor extensión que la indicada—Esto ha motivado un pleito entre el poseedor y la Municipalidad, que reclama como suya la demasia—Argumentos empleados por ambas partes; resolución que ha recaído en la cuestión y examen de sus fundamentos—La Municipalidad no reivindica en las mismas condiciones que los particulares—No es exacto que resulte demostrado que el terreno en cuestión saliese ya del dominio público—¿Cómo se ha de considerar la enajenación á que se refieren en general, los títulos presentados, si *ad corpus* ó *ad mensuram*?—La venta *ad corpus* confiere el derecho de poseer todo lo comprendido dentro de los límites señalados, aunque resulte mayor extensión que la indicada—Está probado que la parte demandada ha poseído efectivamente hasta el río desde 1839; pero la prescripción contra el fisco requería cuarenta años—Esto ha sido reformado por el Código, el cual ha equiparado dicha prescripción á las demás, y de consiguiente, hoy se consume por diez años—Aunque en el caso *sub-judice*, la prescripción empezara bajo el imperio de las antiguas leyes, el interesado, si le conviene, puede acogerse á las disposiciones del nuevo Código, renunciando á la posesión anterior—Por este cómputo, la prescripción en el caso de que se trata, resultaría consumada ya, pues no es exacto que deba considerarse vigente la ley provincial de 1867—Lo más razonable y lo más legal es suponer que el terreno disputado proviene de aluvión—El nuevo Código considera público el terreno formado por aluvión á la costa de ríos navegables—La antigua legislación, por el contrario, lo adjudicaba



- á los ribereños—En esta virtud, la Municipalidad para acreditar su dominio, necesitaba demostrar que el aluvión se formó, rigiendo ya el nuevo Código—Lo más verosímil á este respecto, es que empezara á formarse desde antes; y no habiéndose trazado la calle que el Código prescribe dejarse á la costa del río, aquél debe adjudicarse al propietario ribereño..... 122
- LXXXVI—PROPIEDAD DE LOS SEPULCROS—*Sumario:*—La dueña de un sepulcro se presentó á la Municipalidad, pidiendo se le permitiese desocuparlo, trasladando los restos que contenia, al osario común.—Resultando que la interesada alquilaba nichos cuando el reglamento prohíbe ceder á extraños los derechos sobre un sepulcro; y observándose que aquel comercio importaba cierta profanación, no se hizo lugar á la solicitud.—Dicha señora pidió se reconsiderase la resolución, invocando el Código Civil, que permite en general la cesión de los derechos, y alegando que se trataba de actos lícitos que no contienen inmoralidad alguna.—Como insistiese el Intendente en su primera resolución, aquella apeló á la Cámara en lo Civil, que pidió dictámen al Fiscal.—Este funcionario reconociendo que la Municipalidad no podía restringir la propiedad sobre terrenos enajenados, estima lícito el alquiler de nichos; y no cree que importe profanación. — Examina en seguida, si el derecho que se reclama, puede deducirse de los principios comunes que definen la propiedad. —Indaga igualmente si puede encontrar apoyo en las disposiciones especiales que reglamentan los cementerios. Analizadas prolijamente estas disposiciones, demuestra que la solicitud en cuestión es improcedente, por carecer de fundamento, y que en consecuencia debe confirmarse la resolución apelada..... 141
- LXXXVII—NULIDAD DE UN TESTAMENTO—*Sumario:*—El testamento de que se trata, adolece de dos defectos manifiestos.—Consiste el primero en no expresarse la edad de los testigos, y el segundo en no decirse que ha sido leído antes de firmarse.—Respecto á la edad de los testigos, no basta manifestarse que son mayores.—El exigirse que se determine la edad, tiene por objeto el que más tarde, si fuese necesario, puedan identificarse las personas.—Debe presumirse que no tuvo lugar la lectura del testamento, desde que no se expresa haberse verificado.—Esta omisión produce nulidad, por cuanto afecta la forma esencial de toda escritura pública.—Aunque antes de la ley de correcciones, ésto no era expreso, tal era sin embargo la la mente del codificador; y en esa parte, dicha ley fué puramente declaratoria.—Se demuestra ser así, porque siendo sin duda alguna, esencial el que los testigos vean al testador, tal circunstancia sin embargo, sólo se exige durante la lectura.—Se demuestra también, por analogía de lo que se halla dispuesto acerca de los instrumentos públicos.—Se demuestra, en fin, por la comparación con la ley que el Dr. Velez cita como con-

cordante.—Se responde á la objeción que se hace con que el mismo Dr. Velez declara que se separa de lo dispuesto en el art. 972 del Código Napoleón, siguiendo los usos del país.—Esa declaración se refiere á la necesidad del dictado por el testador: en nuestro país se consideró siempre indispensable la lectura del testamento antes de firmarse.—Los que escribieron sobre el Código, antes de la sanción de la ley de correcciones, D<sup>cs</sup>. Moreno, Segovia, Llorena, Leguizamón y Maclado opinaban por la nulidad.—En el mismo sentido se habian pronunciado los Tribunales de la Provincia, estableciendo jurisprudencia... 146

- LXXXVIII—VALIDEZ DE UN LEGADO—*Sumario*:—El juicio ha tenido por objeto anular un legado universal en favor de la Iglesia del Socorro.—Se alegaba ser incierta la persona de la legataria, por cuanto sólo se decía que el legado era destinado á costear la función del Señor de los Milagros.—Esta objeción no era fundada, porque siendo únicamente la Parroquia del Socorro, donde se hace dicha función, debe entenderse que aquella era la legataria.—También se alegó que la institución importaba vinculación prohibida; lo cual sin embargo no era exacto según se demuestra.—Se expuso asimismo la incapacidad de la legataria, por haber sido el cura del Socorro, el que confesó á la testadora en la última enfermedad.—Este hecho no resulta justificado, pero aunque fuera cierto, no inhabilitaría á dicha Parroquia para recibir de la testadora, por cuanto ésta pertenecía á esa Parroquia.—Se alegó falta de aceptación; pero el legado se presume aceptado, mientras no conste la renuncia. En fin, se expuso que debía considerarse caduco, por no haberse dado cumplimiento el albacea.—Esta pretensión es inadmisibile, pues la propiedad de los bienes legados pasa al legatario desde la muerte del testador.—Cuando versase sobre cosas indeterminadas, que fuese preciso individualizar, la demora del albacea en verificarlo, no seria causa de caducidad del legado. Es inexacto que la Iglesia no se haya encontrado legalmente representada en el juicio, por no haberse citado al cura, habiendo intervenido el Fiscal Eclesiástico.—Desde que el pleito se ha resuelto en favor de la Parroquia del Socorro, la falta de citación al cura no puede ser causa de nulidad; y en todo caso, seria aquella exclusivamente, á quien corresponderia deducir este recurso..... 151

- LXXXIX—CADUCIDAD DE UN LEGADO—*Sumario*:—Relación del caso.—D. Juan Antonio Rodríguez dejó en su testamento una casa para que sus albaceas entregasen los alquileres á la Capilla del Cármen mientras ésta los precisase.—Hace poco que uno de los herederos se presentó exponiendo que hoy dicha Capilla, habiendo aumentado sus rentas, no precisaba de tales alquileres, y la casa debía volver á la testamentaria.—La patrona de la capilla se opuso alegando que el legado no era condicional, pues las restricciones impuestas se referian sólo á su ejecución.—



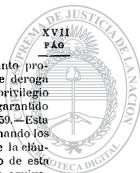
Que hacia muchos años la casa legada habia sido entregada, y en todo caso se hallaria prescripta.—Que á la cláusula testamentaria concerniente al legado, se le daba mala inteligencia.—El Fiscal Eclesiástico agregó; que la falta de causa ó su falsedad no viciaba el legado.—Sentido natural de la indiada cláusula.—El legado no contenia efectivamente condición suspensiva, pero si resolutoria; lo cual se demuestra.—Cómo haya de entenderse la doctrina de que las limitaciones que sólo afectan la ejecución, no hacen condicional el legado.—Qué importa en derecho la condición resolutoria.—El derecho condicional no puede prescribirse, antes que la condición se cumpla.—La doctrina de que la falsa causa no vicia el legado, ha sido rechazada por nuestro Código Civil, que sanciona expresamente el principio contrario. 156

**XC—SUCESIÓN «AD INTESTATO»—Sumario:—**Habiendo el Juez declarado vacante, por falta de disposición testamentaria y por no haberla reclamado ningún pariente, la herencia del finado don José Manuel Therán, se presentó don Liborio Therán diciéndose heredero, como hermano natural uterino de dicho finado.—Recibida la causa á prueba, el reclamante acreditó su parentesco con éste por el testamento de la madre doña Dolores Therán de Castro, en que reconocía á ambos y á varios otros hijos naturales y con información de testigos sobre que los expresados don José Manuel y don Liborio se habian tratado siempre como hermanos.—Sin embargo, resultando también que el primero habia fallecido en vida de la madre sin que ésta se hiciese declarar heredera, el Juez insistió en su primer resolución que consideraba vacante dicha herencia.—A juicio del Fiscal esta sentencia es equivocada; por que siendo el reclamante pariente en grado sucesible, no obsta el que pueda existir otro de linea ó grado preferente.—Demostrado como se encuentra, que existen parientes con derecho á heredar, eso hasta para que la sucesión no pueda ser declarada vacante.—Si hubiese parientes de linea preferente ó de grado más próximo, ésto produciria entre ellos y el reclamante una cuestión que no interesaría ya al Fisco.—En consecuencia de la doctrina expuesta, deducida de los principios que atribuyen á la parentela el derecho de sucesión, debe revocarse la sentencia apelada. .... 163

**XCI—EL PRIVILEGIO DEL BANCO DE LA PROVINCIA—Sumario:—**Relación de los hechos: cuestiones que de ella surgen para la resolución del caso.—Los privilegios fiscales de que el Banco disfrutaba comprendian hipoteca tácita.—La fecha respecto á la prelación que ella confiere, debería referirse á la época en que nació la deuda.—Si habiéndose dado letras, la renovación de éstas induz-a novación del crédito?—Principios que rigen la materia de novación y que no la admiten por la mera aceptación de letras.—Casos especiales.—Cuando en las letras se cambia la causa de la obligación.—Cuando se otorga, al admitirlas, recibo simple de lo que se adeudaba.—Cuando se anota el pago

sin referencia á las letras.—La obligación se distingue de la causa que la produce y del documento que la comprueba.—Este puede rehacerse y sufrir muchas transformaciones, sin que tal circunstancia induzca novación de la obligación.—El renovar una letra tampoco es darse por pagado de la anterior obligación; sino en los mismos casos en que se presume la voluntad de novar.—Al novar una obligación, el acreedor puede reservarse la hipoteca que tenía constituida en su favor.—En este caso debe hacerse anotar de nuevo con referencia á la primera inscripción.—Si por el contrario, se da por pagada la primera deuda y por cancelada la hipoteca, aunque ésta se renueve no conservará la antigüedad de la anterior.—¿Si el acreedor podrá evitar este resultado, demostrando que á pesar de su confesión de haber sido pagado, en realidad, nada recibió?—El que admitiendo letras, firmó recibo simple de lo que se le debía y produjo novación, no podría anularla, probando que nada se le entregó.—La extinción de la primera obligación no viene en tal caso de la entrega efectiva de lo adeudado, sino de la suscripción de recibo simple.—Este hecho induce la voluntad de novar; y sus efectos subsistirían por tanto, aunque la letra no fuese satisfecha.—Mucho menos el que para recibir un nuevo documento, declara en escritura pública haber sido pagado y que cancela la hipoteca, puede revivirla, demostrando que nada se le pagó.—Aún producida esta prueba, subsistiría como causa extintiva de la primera obligación y de la hipoteca, su consentimiento en darse por pagado.—¿Si el Banco provincial conserva el antiguo privilegio fiscal con hipoteca tácita?—Habiendo el Código suprimido los privilegios personales, y no de causa, lo mismo que las hipotecas tácitas, la resolución de la cuestión consiste en averiguar si el Banco se encuentra sujeto al Código.—Declarándose en éste que sus leyes obligan á todos los habitantes de la República, nacionales ó extranjeros, domiciliados ó transeúntes, la resolución de la cuestión propuesta, vendría á depender de averiguar si el Banco funciona en territorio argentino.—La conservación del privilegio del Banco con hipoteca tácita, y el reconocimiento á las provincias de la facultad de autorizar otros con igual ó diversos privilegios, imposibilitaría la unidad de jurisprudencia y echaría por tierra la reforma del sistema hipotecario.—Se examinan los principios del Código, bajo su faz económica, con relación á la propiedad; y se exponen los fundamentos de la reforma en cuanto al sistema hipotecario.—Se demuestra que son de todo punto incompatibles con la existencia de hipotecas generales y gravámenes ocultos, que no provienen de convenciones, sino de la misma ley.—Razones que se aducen para sostener que en el nuevo régimen subsiste todavía la hipoteca tácita del Banco.—Que la ley de su creación no siendo civil, sino de carácter especial, no ha podido ser derogada por el Código, que es





una ley general.—Dicha ley ú otra cualquiera en cuanto produzca efectos civiles, es civil; y el Código declara que deroga toda disposición opuesta, *general ó especial*.—Que el privilegio fiscal del Banco, comprensivo de hipoteca tácita está garantido por el artículo 7° del pacto 11 de Noviembre de 1859.—Esta afirmación es inexacta; lo cual se demuestra examinando los antecedentes históricos de aquel pacto y el alcance de la cláusula referente al Banco.—Se fija el verdadero sentido de esta cláusula, y se comprueba con muchos argumentos lo equivocado de la inteligencia que se le atribuye.—Que la ley de creación del Banco Nacional reconoció el privilegio fiscal que correspondía al de la Provincia.—Esto no es exacto; y lo que hizo el Congreso fué abstenerse de resolver la cuestión, reservando á los Tribunales su decisión.—Lejos de poderse sacar argumento alguno de la redacción del artículo 30 de la enunciada ley, se deduciría mas bien en sentido contrario.—Inconvenientes y dificultades insuperables que se presentarían para la aplicación del antiguo privilegio en el nuevo régimen.—Si aquél subsistiera hoy día, no se conservaría tal cual era, sino en extremo aumentado y exagerado hasta el punto de constituir una anomalía fenomenal en jurisprudencia.—Conclusión. 167

## SECCIÓN SEGUNDA

### Jurisdicción, Superintendencia y Procedimientos

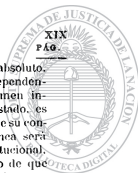
- XCII—ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE FILIACIÓN ADULTERINA EN LA CUESTIÓN DE ESTADO—*Sumario*:**—Contestada la filiación legítima de una persona, la parte demandante ofreció prueba acerca de la procedencia de aquella.—El juez considerando prohibida esa indagación por el artículo 341 del Código Civil, se recusó á admitirla.—Apelada esta resolución, denegó también el recurso, ya por no encontrar disposición especial que lo concediese en el caso, como por no haber sido preparado en la forma proveniente por el artículo 105 de ley de procedimientos.—Introducido sin embargo el recurso directamente, de hecho, motivó el dictámen siguiente:..... 197
- XCIII—COMPETENCIA NEGATIVA ENTRE DOS JUECES—*Sumario*:**—Relación del caso: interpuesta una demanda sobre rendición de cuentas, ante el Juez en lo Civil Dr. Bustos, el demandado lo recusó sin expresión de causa.—Dicho Juez admitiendo la recusación, mandó pasar el asunto al otro Juez á quien cor-

respondía en el orden de turno.—Notificada esta resolución al demandante, solicitó inmediatamente su revocación por varias razones.—Dicho Juez se abstiene de conocer en este recurso por cuanto, según la ley, la causa debe pasar al Juez que corresponda por el turno.—Este á su vez se niega á conocer por cuanto según la ley, el recurso de reposición debe ser deducido ante el Juez que dictó la providencia reclamada y resuelto por el mismo.—Insistiendo en su separación el Juez originario, quien considera que la cuestión afecta su persona, ha surgido competencia negativa.—El mismo Juez recusado es quien debe resolver en la recusación sin causa.—Aunque admitida esta la causa debe pasar á otro Juez, no se puede atribuir efecto legal á la resolución que la admite antes de ejecutoriarse.—En el caso presente esto no ha sucedido, por haberse solicitado en tiempo la revocación.—La recusación sin causa afecta la jurisdicción, pero no la persona del Juez recusado.—Así como éste debe proveer sobre la recusación, puede reconsiderar y reverter su resolución..... 200

<b>XCIV—LOS ASESORES DE MENORES DEBEN INTERVENIR ANTE LOS JUECES DE PAZ, EN AQUELLOS JUICIOS EN QUE LA LEY LO REQUIERE SO PENA DE NULIDAD .....</b>	<b>204</b>
---	------------

<b>XCv—QUEJA CONTRA UN ESCRIBANO—<i>Sumario</i>:—El Presidente del Banco pasó una nota al de la Cámara de lo Civil quejándose del proceder del Escribano D. J. Eduardo González por haber éste estendido una escritura de traspaso de una propiedad hipotecada sin el consentimiento del Directorio.....</b>	<b>208</b>
--	------------

<b>XCVI.—TÍTULOS DE ESCRIBANOS EN LAS PROVINCIAS—<i>Sumario</i>:—Inestabilidad de la práctica del Tribunal sobre admitir ó desechar estos títulos—Después de la federalización de la Capital, la Cámara aceptó varios sin audiencia del Fiscal, quien se encontró así, reatado por estas resoluciones.—A pedido suyo el asunto se llevó á acuerdo extraordinario; pero sin conocer su resultado, y de conformidad á la práctica introducida, aún después de dictado ese acuerdo, admitió algunos como válidos.—Por el precitado acuerdo quedó establecida la inadmisibilidad de dichos títulos, á menos que el interesado se prestase á rendir el examen requerido por la ley Orgánica; y en este sentido vino á uniformarse la práctica.—Sin embargo, cambiado en parte el personal del Tribunal, se expidió últimamente una resolución en sentido opuesto, contra la cual reclamó el Fiscal en caso igual.—La ley Orgánica de los Tribunales de la Capital, proponiéndose realzar la profesión de Escribano, exigió condiciones que no se requieren en las provincias.—De consiguiente, los títulos de Escribano expedidos en ellas, no debieran ser admitidos en ésta sin que los interesados acrediten que reúnen dichas condiciones.—Si bien la fraternidad y benevolencia que deben existir entre Estados que componen una sola Nación, parecen indicar que se han de admitir recípro-</b>	
--	--



amente, los títulos profesionales, esto no puede ser absoluto. —Esa doctrina exagerada podría comprometer la independencia que cada uno de los Estados disfruta en su régimen interno. —Tratándose de leyes dictadas por cualquier Estado, es indispensable el que los demás examinen hasta de dónde su conveniencia les permita respetarlas. El aceptarlas nunca será más que un deber de cortesía, y no un precepto constitucional, como equivocadamente se ha entendido. —En el caso de que se trata, el admitir los indicados títulos emanados de las provincias sin exigirse á los que los han obtenido, un examen general, sería enervar la Legislación propia. —Importaría también constituir un privilegio odioso, en daño de los vecinos de la Capital. —Aplicada de otra manera la ley Orgánica, produciría un resultado de todo punto contrario al que se tuvo en vista al sancionarla. —En vez de dignificar la profesión de Escribano, la empeoraría, atrayendo de las provincias, con la esperanza de mayor lucro, personas incompetentes. —Resolución aconsejada por el Fiscal, de que en los casos indicados, se exija además del título, un examen general de los Códigos.....	211
XCVII—LOS ESCRIBANOS DE REGISTRO TIENEN DERECHO Á EXAMINAR LIBREMENTE EN EL ARCHIVO, LOS PROTOCOLOS QUE HAN PERTENECIDO Á SUS OFICINAS, PERO LOS OTROS SÓLO CON CIERTAS RESTRICCIONES. — <i>Sumario:</i> —Antecedentes: La Comisión Directiva del Colegio de Escribanos, se presentó á la Exma. Cámara, pidiendo medidas administrativas á fin de que los Escribanos Públicos tengan algunas mayores franquicias que el público en general, para examinar los antecedentes que se encuentran en el Archivo de los Tribunales. —Pedido informe al Archivero general, éste lo evacuó manifestando que se ceñía estrictamente á la ley, en sus relaciones con dichos funcionarios. —El Fiscal de las Cámaras á quien se dió vista del expediente dictaminó en los siguientes términos.....	219
XCVIII—TÍTULOS DE ABOGADOS EXPEDIDOS EN BOLIVIA.....	223
XCIX—TÍTULOS DE ABOGADOS EXPEDIDOS EN BOLIVIA.....	225
C—JUICIO SUCESORIO.— <i>Sumario:</i> —El juicio sucesorio habiendo contradicción, debe tramitarse en vía ordinaria.—El haberse presentado antes, y producido primero la prueba, no da preferencia alguna. —Todo el que se ha presentado en tiempo, debe ser tenido por parte legítima. —Para entrar á cuestionar una herencia, no es necesario acreditar previamente el derecho, bastando justificarlo en el término probatorio. —Los parientes colaterales no pueden ser declarados herederos <i>ab intestato</i> , sin que conste por una parte, la falta de disposición testamentaria; y por otra que el fallecido no deja esposa, ascendientes ni descendientes, legítimos ó naturales, al menos cuando alguien reclama en ese concepto.....	227
CI— JURISDICCIÓN DEL JUEZ DE UNA SUCESIÓN. — <i>Sumario:</i> —Relación del caso: don Luis Saavedra y don Francisco Roca com-	



praron al Gobierno de la Provincia diversos lotes en una suerte de tierras fiscales.—Habiendo surgido diferencia entre ellos, sobre el paraje en que el segundo había situado su casa, el primero solicitó del Gobierno le diera posesión del lote que le había vendido.—Practicada la mensura, resultó que efectivamente dicho paraje quedaba comprendido en el lote de Saavedra.—En consecuencia Roca se opuso al deslinde alegando diversos motivos, á pesar de los cuales la mensura fué aprobada. Recurrió entonces á la Suprema Corte Provincial; pero su demanda fué desechada, y el Ejecutivo lo mandó expulsar.—Estando el asunto en este estado, Roca falleció en esta Capital, donde se hallaba domiciliado, y su testamentaria se radicó en estos Tribunales.—En virtud de esa circunstancia la señora viuda solicitó del Juez de la sucesión el que se pidiese *ad effectum videndi* el expediente de la mensura; y en seguida el que dicho Juez se declarase competente.—Este accediendo á la indicada solicitud, hizo la declaración que se le pedía; y ordenó á Saavedra dedujera ante él, las acciones que le correspondiesen: resolución de la cual aquél apeló.—Irregularidad en los procedimientos y equivocación de la providencia reclamada.—Nadie puede ser obligado á demandar ó á deducir acciones sino en el caso de jactancia.—No habiendo Saavedra deducido acción alguna, no existe todavía juicio pendiente.—El Juez no podía declararse competente en un juicio aún no iniciado.—Cuando se entable lo será probablemente, por acciones petitorias ó posesorias.—Aunque el juicio de testamentaria sea universal, sólo comprende las acciones personales deducidas por terceros.—A pesar de que haya de cuestionarse también sobre frutos y mejoras que son prestaciones personales, se comprenden sin embargo, en la reivindicación, que es una acción real.—Ni el conocimiento de ésta, ni el juicio de deslinde, ni la cuestión posesoria, que en cuanto á la competencia, sigue las reglas de aquélla, pueden corresponder al Juez de la sucesión.—Resolución que debe recaer en el caso. 230

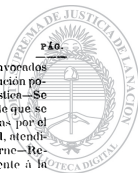
CII.- EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.—Relación del caso: En 1878, por fallecimiento de doña Josefa Ramos de Garinenda, se abrió el juicio de sucesión *ab intestato*, la cual reclamaron como parientes don Cipriano y doña Josefa Pérez de Visanelli, pretendiendo acreditar su parentesco.—Mientras practicaban estas diligencias, apareció un testamento ológrafo; y previos los trámites del caso, fué protocolizado, á pesar de la oposición de aquellos, pues se les observó que no habían justificado su personería. — Continuando el juicio á este efecto, por resolución de 25 de Febrero de 1880, se declaró que los demandantes no habían acreditado su parentesco; y á solicitud de los herederos instituidos, se les señaló un término para comprobar su personería.—Vencido este término sin que hubiesen adelantado en la indicada prueba, por nueva resolución de 19



de Noviembre del mismo año, se desechó su demanda, imponiéndoseles perpetuo silencio. — Trascurridos varios años, los Pérez se presentan otra vez acompañando los documentos que les faltaban, y alegando ser falso el mencionado testamento; pero se les opuso excepción de cosa juzgada. — Sin embargo, esta excepción ha sido desechada, ya porque se supone, que la sentencia de que se ha hecho mérito, recayó sobre un artículo de personería, cuanto en razón de que por falta de ésta, no llegó á resolverse la cuestión de nulidad. — Siendo manifiestamente unas mismas las personas y la materia de la cuestión, á saber, la herencia de dicha finada, hay que examinar también la naturaleza del juicio. — El que se siguió anteriormente, al menos al principio, fué sumario y puramente informativo, cuyas resoluciones no causan estado. — Atendidos sus fundamentos, la resolución procedente en diversa hipótesis, sería inaplicable al caso ocurrente. — Parece obstar con todo á la apertura del juicio, la cláusula de perpetuo silencio, cuyo empleo é importancia se examinan. — Regla práctica propuesta para resolverse, cuando sea admisible en el nuevo juicio, la excepción de cosa juzgada. — Se demuestra, haciendo aplicación de esa regla al caso *sub-judice*, que en él es improcedente la referida excepción. — Término de la prescripción de los derechos hereditarios y de la acción para alegar la nulidad de un testamento. — Se examina si en la suposición de que la primera resolución fuese de las que causan estado, se podría impugnar ahora, por resultar fundada en un documento falso. — Por las leyes de Partida tal sentencia era nula, y su nulidad podía reclamarse hasta veinte años. — Las leyes Recopiladas señalaron en general sesenta días para alegar la nulidad. — ¿Esta prescripción es absoluta, sin admitir distinción alguna, ó cómo debe entenderse? — El punto ofrece grandísima dificultad. — Lo más razonable y fundado en el caso de que se trata, es admitir que subsista el derecho para reclamar de la indicada sentencia. — La ley de Procedimientos restringe mucho más todavía el recurso de nulidad; suprimiendo asimismo el beneficio de restitución. — A juicio del Fiscal, estas disposiciones deben explicarse, armonizándolas con los principios del Código Civil. — El no suprime en absoluto la restitución; y en cuanto á la nulidad, distingue dos clases. — Tratándose de nulidad absoluta, ésta es insanable; y de consiguiente, perpétua é imprescriptible.....

236

III.—RECURSO DE FUERZA Y PROTECCIÓN.—*Sumario*.—El Provisor se dirige á la Exma. Cámara en lo Civil, quejándose de que el Jefe de Policía se haya negado á verificar el depósito de una mujer, ordenado por la Curia en juicio de divorcio.—El recurrente instruye su queja acompañando la resolución á que se refiere, precedida de un dictámen asesorado, cuyo contenido y



fundamentos se relacionan—Razones y antecedentes invocados por el Provisor para demostrar que la indicada resolución policial menoscaba la jurisdicción de la Curia Eclesiástica—Se examina y se demuestra la procedencia del recurso de que se trata—Aunque ella se deduce de las mismas leyes citadas por el Asesor, el punto antes de ahora, no carecía de dificultad, atendidos los términos de la Ley Orgánica en lo que á él concierne—Reformada esta ley y cambiada la redacción en lo referente á la materia, toda dificultad ha desaparecido—La Curia Eclesiástica es un Tribunal Público, que puede dirigirse directamente á los Jueces subalternos y á la Policía, salvo los casos especiales en que debe solicitar auxilio por medio de los Tribunales superiores—El depósito de la mujer en el juicio de divorcio, no importando prisión ó arresto, no se comprende en los indicados casos de excepción—La facultad de decretar dicho depósito en los expresados juicios, corresponde á la Curia por principios generales de Derecho—Esta se encuentra de muy antiguo en posesión de ella; y le ha sido reconocida siempre por los tribunales civiles—El Jefe de Policía por la resolución de que se trata, altera infundadamente la práctica, y echa por tierra la jurisprudencia establecida—No es exacto que por el Código Civil, la facultad de ordenar el depósito de la mujer corresponda siempre á los Jueces civiles—Se demuestra que el Código no ha introducido novedad en la materia; y se contesta á los argumentos aducidos en sentido contrario—El indicado depósito es muchas veces una medida urgentísima, que bien puede equipararse á los casos de fuga de una esposa ó de un menor—En estos casos el Código autoriza expresamente al marido ó al padre para solicitar medidas policiales—Inconveniencia é inadmisibilidad de la tramitación que el Jefe de Policía exige para hacer el depósito de la mujer—Inteligencia equivocada que da á las disposiciones del Código, que en los casos mencionados autorizan en términos expresos, el empleo de medidas policiales—Es inexacto lo que supone, que en el lenguaje de aquél, *medidas policiales* signifique *medidas judiciales*—Se demuestra que ésto no es así comparando los artículos de que se trata, con las fuentes de donde han sido tomados—La interpretación que de ellos hace la policía desnaturaliza y pervierte las más sábias disposiciones del Código; habiendo de producir dañosas consecuencias—El Tribunal admitiendo el recurso interpuesto, debe en justicia, reconocer y declarar en favor de la Curia Eclesiástica, el derecho que reclama..... 257

CIV—IMPUESTO SOBRE LAS HERENCIAS TRANSVERSALES Y LEGADOS PIADOSOS—*Sumario*:—La constitucionalidad de este impuesto ha sido discutida otras veces; y el Fiscal tiene ya manifestada su opinión—Sin embargo, aquél había sido considerado como establecido por una ley provincial, en cuyo caso su inadmisibilidad era patente—Hoy se trata de una ley nacional; pero como



el Congreso cuando provee á gastos municipales de la capital procede en calidad de Legislatura local, no parece que el caso cambie de especie—Aunque así no fuese, subsistirían siempre las razones, porque antes de ahora fué desechado—Estando obligada la Nación á costear el culto, tratándose de legados piadosos, mal podría gravar bienes destinados al sostenimiento de aquél—La Cámara Civil al rechazar dicho impuesto, se fundaba en que no recaiendo sobre la renta, y afectando también el capital, no podía considerarse, sinó como un brusco ataque á la propiedad—Esta consideración es igualmente aplicable al expresado impuesto, ya sea que se suponga establecido por ley nacional ó provincial, desde que exista en las mismas condiciones—La Suprema Corte se fundaba en que aquel impuesto venía á alterar el sistema de sucesiones; cosa que no podían hacer las provincias—También esta razón subsiste, pues aunque el Congreso bien podría alterar el sistema de sucesiones, no le sería con todo, permitido hacerlo sólo en la capital—Siendo un precepto constitucional la unidad de Legislación en toda la República, al Congreso no le sería lícito quebrantarlo de la manera indicada—No consta que la resolución de que se apela, se funde en una sentencia ejecutoriada, ni eso podría admitirse por las razones que se indican—En el caso de que se trata, hay la especialidad de que el impuesto en cuestión, destinado á gastos municipales de la Capital, vendría á recaer sobre fincas situadas en la provincia de Catamarca; lo que de ningún modo sería arreglado, ni admisible..... 271

## PARTE SEGUNDA

### Cámara de lo Criminal y Mercantil

#### SECCIÓN PRIMERA

##### CUESTIONES DE FONDO

**IV—TENTATIVA DE HOMICIDIO—Sumario:**—Relación del hecho que motiva la causa y resolución que en ella ha recaído—La pena impuesta es demasiado leve, aún con relación á uno sólo de los dos delitos que aquél comprende—La tentativa de homicidio sólo se distingue del delito de lesiones por la intención del reo—Circunstancias de las cuales se deduce la intención de matar—Á juzgarse por ellas el hecho de que se trata importa tentati-



va de homicidio, comprendiendo también el de lesiones producidas culpablemente—El Juez del Crimen castigando sólo el delito de lesiones, admite en el reo la circunstancia atenuante de haber sido provocado—Esta circunstancia no resulta justificada legalmente, pues sólo se apoya en la declaración de un testigo, el cual ha declarado varias veces de un modo contradictorio—La sentencia reclamada establece que en tal caso debe estarse á lo más favorable para el reo—Esta doctrina es inexacta, porque la ley resuelve que debe estarse á la primera declaración—La que toma por base el Juez del Crimen, cuando meros sería nula por la forma en que se ha recibido por el actuario y sin juramento—Sería también de ningún valor, porque el testigo necesariamente resulta falsario—En fin, porque siendo la declaración un instrumento público, la ley no permite al testigo que la ha firmado contradecir su contenido, á menos que alegue haber sido inducido por dolo ó violencia—En conclusión, la clasificación y penalidad del delito resultan equivocadas, mereciendo éste, cuando menos, tres años de penitenciaría

279

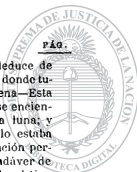
**CVI—TENTATIVA DE ASESINATO—*Sumario:***—Introducción—Términos de la acusación deducida contra el procesado—Cuerpo del delito, examen de la prueba y calificación legal del hecho—Es dudoso que éste haya sido premeditado—No por eso puede ser clasificado por delito de lesión, obstando la intención homicida y la alevosía—Examen de los argumentos con que el Defensor pretende demostrar lo contrario—Diferencia entre el delito de lesiones y la tentativa de homicidio—En la calificación de estos delitos no puede prescindirse de la intención, porque es la que los caracteriza—La intención homicida no se presume; pero se considera probada por la confesión del reo: doctrina de Hauss—Requisitos de la confesión judicial—Su diversa apreciación en las causas civiles y criminales—No es válida la confesión que haga el reo sobre tentativa de un delito imposible en si mismo ó por la ineficacia de los medios—Sin embargo esa doctrina no tiene aplicación en el caso presente—En los procesos por brujería, la confesión no podía ser válida, en razón de ser arrancada por el miedo y de oponerse á las leyes naturales—Los asesinatos de gobernantes no son ciertamente cuentos de brujas, sino sucesos contemporáneos—El Defensor se acoje á los principios de la escuela positivista, suponiendo que la Cámara tiene ya establecidos antecedentes favorables—Inexactitud de este aserto: se exponen las reglas seguidas por aquél Tribunal, y se comprueban con ejemplos—Examen y explicación de los casos que menciona la defensa en sentido contrario—Doctrinas que en ellos quedaron establecidas, inaplicables al hecho de que se trata, por la disparidad de casos—Consecuencias inadmisibles que resultarían de prescindirse, al juzgar el delito, de la intención del reo—Hay una escuela



entre los criminalistas, que castiga el delito frustrado, con la misma pena que el consumado—Doctrina de los señores Chauveau y Helie y su respuesta á los que la impugnan—Es más equitativa, y ha prevalecido la de Rossi en sentido opuesto; pero ninguna prescinde de la intención del reo—La escuela realista desde el punto de partida, se divorcia de la opinión común y de las instituciones vigentes—Examen de sus teorías y consecuencias que de ellas fluyen, subversivas de la moral y del derecho—Lejos de significar progreso, importa una aberración: elocuente exposición de Pacheco—No es exacto después de todo, que dicha escuela deje sin castigo la tentativa, ó la pene con más benignidad—Delito de lesa magestad: en qué consistía y qué reglas lo regían—Ha sido suprimido efectivamente; pero no es exacto que la sentencia apelada lo reviva—Neurósis epiléptica; conclusiones á que arriba el informe de los médicos nombrados para reconocer á Monjes—Datos curiosos que contiene y opinión de dichos facultativos sobre el modo en que debe explicarse el atentado de que se trata—Penalidad correspondiente en el caso *sub-judice*, y dificultades que ofrece el determinarla—Sin embargo, existe ya el precedente que resulta del caso que se menciona..... 286

CVII—USURICIDIO Y ASESINATO—*Sumario*:—El reo se encuentra convicto y confeso de haber asesinado á su esposa en presencia del padre de ésta y dos hermanas—Todas las citas que hace en su favor han sido desmentidas: del proceso aparece un malvado y su esposa una mujer buena—No resultando circunstancia atenuante, el reo era acreedor á la pena capital—A pesar de esto, el Juez del Crimen lo exime de ella, admitiendo como atenuación los celos, porque de otra suerte, el hecho no se explicaría—Probado el delito debe aplicarse la pena ordinaria, aunque se ignore el móvil—El no aparecer el motivo no hace presumir circunstancias atenuantes—Es, pues, equivocada y debe reformarse la sentencia apelada..... 329

CVIII—EL ASESINATO DE LA CALLE ARTES—*Sumario*:—Aun cuando sea indudable la criminalidad del procesado, son laudables sin embargo, los esfuerzos del Defensor en su favor—No sería razonable reservar toda la compasión para el malhechor, prescindiendo de la víctima, y olvidándose el daño inferido á la sociedad—La pena ciertamente es un mal, pero inevitable para impedir la repetición de los crímenes, produciendo el escarmiento—No son fundados los cargos que en esta causa se hacía á la policía, á los cuales se satisface, explicándose sus procedimientos—Siendo numerosos y graves los cargos resultantes contra el reo, éste no se justificaria legalmente con establecer en absoluto, la posibilidad de su inocencia, pero sin desvanecer aquellos—No es exacto con todo, que consiga demostrar dicha posibilidad con los argumentos que aduce, á los cuales se contesta—El Defensor procura satisfacer la presunción de haber



el reo premeditado la muerte de Gallardo, que se deduce de qué no encendió luz la noche del suceso, en el patio donde tuvo lugar, observando que esa noche era de luna llena—Esta explicación no es satisfactoria, pues por lo regular se encienden los faroles del zaguán ó del patio aunque haya luna; y porque tampoco encendió luz en su pieza, donde lo estaba esperando á Gallardo—En diverso sentido la observación perjudica al reo, demostrando que al pasar al lado del cadáver de aquél inmediatamente después de haberse producido el tiro que le causó la muerte, no habría podido dejar de verlo, como dice haber sucedido—La tacha á los inquilinos por suponerlos resentidos con él, no es suficiente, ni se ha justificado—Los inquilinos son testigos tachables, cuando deponen á favor del propietario ó principal; y por razón inversa, deben merecer mayor fe, cuando declaran en contra—La máxima que ha reinado en jurisprudencia *testis unus, testis nullus*, se encuentra ya anticuada—La jurisprudencia moderna estima de diverso modo que la antigua, las pruebas aducidas en juicio, especialmente la de presunciones—Varios criminalistas antiguos la admitían para la aplicación de una pena extraordinaria; y el Código vigente sólo la excluye para la imposición de pena capital—De aquí se deduce que debe considerarse suficiente para la aplicación de cualquier otro castigo—Las presunciones legales no siendo desvanecidas por el reo, producen inevitablemente su condenación—En el caso *sub-judice*, el procesado tiene en su contra una presunción legal, que lejos de haber sido desvanecida, su robustece y corrobora por otros muchos datos y comprobantes—La provocación ú ofensa recibida por el reo, como cualquier otra circunstancia capaz de excitar el furor, sólo atenúa el delito, cuando se comete inmediatamente de recibida aquella, sin mediar intervalo alguno—La ley no disculpa la venganza, ni excusa el rencor; doctrina de Chauveau y Helie sobre esta materia—De consiguiente no favorece al procesado la amenaza que su esposa supone haberle hecho Gallardo; por la mañana del día del suceso, el cual ocurrió de noche—Conclusión..... 332

CIX—ENVENENAMIENTO—*Sumario*:—Relación del hecho—Se trata en este causa de la muerte violenta de Juan San Martín, envenenado por su esposa Filomena Maglioli, de acuerdo con su amante Juan Sasano—El hecho llegó á esclarecerse completamente, pues en la Policía los procesados lo confesaron con todos sus detalles—Aunque se retractaron ante el Juez, se les interceptó la correspondencia, que revelaba el complot para negar—A pesar de todo fueron absueltos por el Juez del Crimen, declarando que faltaba como base del proceso el cuerpo del delito—Esta declaración se fundaba en que no había sido posible practicarse en oportunidad el reconocimiento médico del cadáver, ni el examen químico de sus vísceras—Aunque la

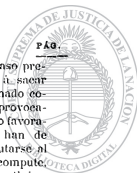


intervención de peritos es importantísima en causas de esta naturaleza, no puede admitirse en absoluto, que el delito de envenenamiento deba quedar impune por falta de aquella formalidad.—Existe cuerpo de delito, desde que consta el empleo de veneno y la muerte de la persona á quien se suministró, con todos los síntomas de un envenenamiento, correspondientes á la clase del tósigo de que se hizo uso.—Cuadro de esos síntomas según los testigos en el enfermo, y señales en el cadáver.—Explicación de que la enfermedad durase varios días.—El cuerpo del delito no es otra cosa que la realidad del mismo, la cual en el caso de que se trataba, era incontestable..... 344

X - TENTATIVA DE INCENDIO.—*Sumario:*—Relación del caso.—Se trata del incendio de una tienda producido exprofeso por el dueño, á causa del mal estado del negocio.—Habiendo sido observado muy al principio, los agentes de seguridad impidieron su desarrollo; y el daño realmente ocasionado fué pequeño.—Estando confeso el reo del delito, resulta también indiciado de estafa y defraudación de valores considerables.—A pesar de todo la sentencia de primera instancia dá por compurgado suficientemente el delito con la detención preventiva.—Se impugna esta resolución: el que incendia una tienda, puede considerarse que incendia también el edificio que la contiene, y cae de consiguiente bajo la disposición del art. 210 del Código Penal.—Cómo se haya de entender y aplicar la disposición del art. 211 que impone de tres á seis años de penitenciaría, cuando el valor de lo incendiado exceda de quinientos pesos?—Castigándose la mera tentativa de incendio por el art. 213, con prisión de uno á tres años, no puede admitirse razonablemente, que el hecho realizado se castigue con menor pena.—Aún admitida la penalidad determinada en la sentencia, el delito no se hallaría todavía compurgado como en ella se supone; debiendo por tanto reformarse ésta en el sentido de lo que se indica..... 351

XI—PROCESO MASSIOTTI-ALMIRÓN — *Sumario:* — Generalmente hablando del empleo de arma mortífera y de la repetición de los actos, puede deducirse la intención de matar, mucho más existiendo antecedentes de enemistad.—Estas condiciones se reúnen en el hecho de que se trata: sin embargo la provocación que recibió el procesado, después de repetidas amenazas de ser públicamente escarnecido, persuaden que obró con irreflexión.—Habiéndose propuesto sólo evitar á toda costa el ser estropeado, no puede atribuirse la intención determinada de matar al disparar el revólver contra su adversario:—El acto aunque deliberado fué temerario é ilegal; y si hasta cierto punto admite disculpa, no puede sin embargo justificarse.—No debe confundirse la provocación con el ataque, ni es agresor el que insulta primero, sino el que emplea la violencia;—En el caso *sub-judice*, hubo atroz provocación al procesado; pero cuando





descargó aun no había sido atacado;—Tampoco es el caso previsto en la ley de Partida, porque Almirón no llegó á sacar armas, ni las tenía.—El delito debe ser clasificado y penado como de lesiones con la circunstancia atenuante de la provocación—si bien las disposiciones del nuevo Código, siendo favorables deban aplicarse retroactivamente, aquellas se han de considerar en su conjunto;—No debe por tanto computarse al reo la prisión preventiva aunque el nuevo Código la compute, porque siendo en el caso, más severa que la pena que el impone la del antiguo, no hay lugar á su aplicación..... 357

- CXII—HERIDAS Á QUE SE SIGUIÓ LA MUERTE—*Sumario:*—En el que infiere lesiones, se supone existir dolo indeterminado.—Debe por consiguiente responsabilizarse por el resultado.—En esta virtud si el herido fallece, se le considera y castiga como homicida.—Para que esta doctrina tenga aplicación, es necesario sin embargo, que conste que el paciente ha muerto de la herida.—División de las heridas en mortales por necesidad, por lo común ó sólo por accidente: en este último caso el reo sólo responde de la lesión que causó.—Opiniones de Gutiérrez y de Goyena.—El Código Penal anterior contenía declaraciones, que obviaban muchas cuestiones derivadas de esta división.—Requería con todo, el que constase que la herida hubiese sido causa eficiente de la muerte.—Habiendo sido suprimidas en el nuevo Código aquellas declaraciones, hay que estar á los principios generales de la jurisprudencia criminal.—Se demuestra que en el caso *sub-judice*, aunque conste el fallecimiento del herido, no puede afirmarse que este fuese consecuencia directa y necesaria de la herida.—En el informe del médico de Policía, la herida sólo se clasificó de grave, calculándose su curación en veinticinco dias.—El médico de los Tribunales informó después del fallecimiento del herido, haber sobreenvenido una inflamación difusa y en seguida gangrena.—Aún cuando expresa que este accidente es frecuente, no declara que sea efecto ordinario, ni que suceda las más veces, *ut plurimum*—Al decir que la herida fué *causa ocasional* de la muerte, manifiesta con claridad, que no la considera *causa eficiente*.—En consecuencia el reo no es responsable de homicidio; y debe revocarse la sentencia que lo castiga por este delito.—La pena que se ha de imponer, es solamente, la que corresponda á las lesiones..... 362

- CXIII—EL ROBO SEGÚN EL ARTÍCULO Y EL NUEVO CÓDIGO PENAL—*Sumario:*—La sentencia apelada clasificando por robo el delito, le imponía como pena seis años de penitenciaría. Esta resolución era arreglada á las disposiciones del antiguo Código, que consideraban robo toda sustracción con violencia en las puertas ó muebles.—El nuevo Código exige fractura ó violencia para penetrar al lugar en que se intenta robar.—La fractura en los muebles sólo se considera circunstancia agravante.—En



consecuencia, en el caso de que se trata varia la clasificación del delito.—Siendo esa variación favorable á los reos, debe aplicarse el nuevo Código.—El delito se ha de considerar, pues, como hurto con circunstancias agravantes.—Circunstancias que lo agravan efectivamente —Excediendo el valor de quinientos pesos, el hurto generalmente se castiga con dos años de prisión.—Mediando dichas circunstancias, debe emplearse el *maximum* de la pena, á saber, tres años de prisión.—La sentencia apelada debe modificarse en el sentido de lo expuesto..... 367

XIV—DELITO DE VIOLACIÓN—*Sumario*:—Relación del caso: se trata de la violación de una criatura de tres años, por un joven de diez y seis, á quien el Juez en razón de su edad y de que el delito no se consumó, castiga sólo con seis meses de reclusión.—Según la Jurisprudencia establecida, en los delitos contra la honestidad, la tentativa próxima se castiga como el delito consumado; y esta doctrina ha sido consignada en el nuevo Código.—La pena ordinaria del indicado delito es la de presidio ó penitenciaria por seis años.—Admitida la circunstancia atenuante de la edad en el reo, aquella debería subrogarse con prisión de uno á tres años.—Este mismo sería el resultado aunque se admitiesen las doctrinas del Juez *a quo*, cuyos cálculos de consiguiente, son equivocados ..... 371

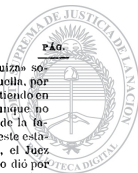
XV—DELITO DE ESTUPRO—*Sumario*:—La sentencia apelada lejos de perjudicar al reo, agravia á la vindicta pública; porque sin existir circunstancia atenuante, rebaja sin embargo, la pena ordinaria.—No es circunstancia atenuante el que el procesado sea casado; antes bien aumenta la inmoralidad del hecho.—No lo sería tampoco el que los padres de la menor hubiesen consentido el delito ó cooperado á su ejecución; y en tal caso, éstos deberían ser castigados como coautores.—La indemnización acordada á la menor por vía de dote, no es parte de la pena.—Aunque en esta clase de delitos no se pueda proceder sin queja de los representantes de la menor, tal requisito no es aplicable al caso en que sean cómplices.—No podría esperarse entónces, que ellos mismos promoviesen su propio castigo, ni siendo cómplices serían hábiles para acusar.—De aquí se deduce pues una excepción implícita á la regla de que no debe procederse de oficio.—El matrimonio de los padres en el caso presente, podía justificarse con testigos, por haber sido celebrado en Europa.—No había necesidad de comprobar la virginidad de la menor, cuando fué seducida, porque siendo aquella una calidad natural, debe presumirse en una niña de diez y seis años.—Esta edad en la menor resulta comprobada por la confesión del reo, que no puede ya retractar.—Resultando legalmente justificado el delito, y no apareciendo circunstancia atenuante, debe reformarse la resolución apelada, ó imponerse la pena ordinaria del delito. .... 375

XVI—ABUSO DE AUTORIDAD—*Sumario*:—Relación del caso: sien-

do acusado un Comisario por la sociedad «Unión Suiza» sobre el delito indicado desconoció la personería de aquella, por no revestir carácter público.—La parte acusadora insistiendo en su querrela, sostuvo: que las asociaciones simples aunque no gocen la plenitud de los derechos civiles, no carecen de la facultad de acusarlos agravios que se les infieran.—En este estado de la causa y pendiente la cuestión de personería, el Juez del Crimen declaró de oficio, improcedente el juicio; lo dió por terminado, y mandó archivar el expediente.—Estó proceder, del cual se apeló, es á todas luces irregular por las razones que se exponen; y sus fundamentos son además equivocados como se demuestra examinándolos.—Primer fundamento: que al iniciarse contra Pader el proceso expresado sobre abuso de autoridad, existía ya otro juicio entablado por aquel, en que se quejaba de calumnia: no pudiendo admitirse simultáneamente dos juicios sobre unos mismos hechos.—Esta doctrina es inexacta; pues en realidad nada impide el que existan á la vez dos ó más juicios sobre unos mismos hechos, desde que no versen entre las mismas personas, ó no persigan idéntico objeto.—Tales condiciones se verifican precisamente en el caso presente, pues que las personas acusadas por Pader no son las mismas que á él lo acusan; y el resultado de los dos juicios entablados sería muy diferente.—El Juez del Crimen no pudo oponer de oficio, la excepción de *litis-pendencia*, ni referirse para fundarla, á un hecho no alegado por las partes y que no constaba del proceso.—Segundo fundamento: que quien se encuentra acusado criminalmente, mientras subsista la acusación, no debe ser admitido á acusar á su vez á otro si no fuese por un delito mayor.—Esta prescripción legal es cierta pero mal aducida; porque no es aplicable á la acusación por agravio propio ó de los suyos; pues al que supone haberlo recibido del acusador, no se le impide reconvenir á éste ó reprimirarlo por él.—Consecuencias absurdas é inaceptables que surtirían de la doctrina opuesta.—Debe por tanto revocarse el auto apelado, para que el juicio por abuso de autoridad continúe por los trámites legales, hasta dictarse en justicia, la sentencia que corresponda.....

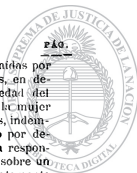
382

CXVII—PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.—*Sumario*:—En los delitos no debe confundirse la prescripción del derecho de acusar con la de la pena.—Aquella empieza desde que el delito se comete; pero se interrumpe por cualquier acto del procedimiento.—La prescripción de la pena no empieza, sino desde que se interrumpe la ejecución, la cual no puede tener lugar, sino en mérito de una sentencia ejecutoriada.—En el caso presente no tuvo lugar la prescripción del derecho de acusar, pues los procedimientos empezaron inmediatamente.—En cuanto al término de la prescripción de la pena, el Defensor lo cuenta mal, computando el tiempo desde que el delito se cometió.—Contando





como debe contarse desde la sentencia, la pena no está prescripta .....	388
<b>CXVIII—RETROACTIVIDAD DEL NUEVO CÓDIGO PENAL—<i>Sumario:</i>—</b>	
Verdadera inteligencia de lo dispuesto en el artículo 48.—Cuando se determina que las leyes favorables al reo se apliquen con efecto retroactivo; esto debe hacerse, tomándolas en toda su integridad.—Cada Código, tanto el antiguo como el nuevo, deben considerarse como una sola ley.—No es lícito por tanto, al juzgarse un delito cometido rijiendo el antiguo Código, y que se va á penar en la vigencia del nuevo, tomar de cada uno lo más favorable.—Tratándose de una herida de bala, y siendo el reo reincidente, favorece más á éste el antiguo Código que el nuevo; lo cual se demuestra.....	391
<b>CXIX—DELITOS COMETIDOS EN LA EMBRIAGUEZ—<i>Sumario:</i>—</b>	
Los antecedentes del hecho que subministra el proceso, son bastantes á acreditar la culpabilidad del reo en el homicidio de que se trata.—Sin embargo, resulta también indudable que aquél se hallaba beodo, y que el hecho no tuvo otra causa que la beodéz.—Demostrada la completa embriaguez, no es necesario acreditarse por separado que el reo hubiese perdido la razón.—Son inexactas las observaciones con que se pretende demostrar que el procesado se encontraba en su juicio.—No es exacto que el admitirse la embriaguez como circunstancia atenuante del delito, importe favorecer el vicio.—Tampoco es exacto, que ni el antiguo, ni el nuevo Código criminal, admitan la indicada atenuación.—Se demuestra lo contrario, por el examen de sus disposiciones relativas al caso.....	395
<b>CXX—EMBARGO DE UNA PROCLAMA SEDICIOSA—<i>Sumario:</i>—</b>	
Relación del caso: siendo procesado Juan F. Justo, por suponersele complicidad en el atentado contra el Presidente, cometido por Ignacio Monges, en razón de habersele encontrado impresa una proclama sediciosa, como no se pudiese demostrar que ésta tuviese relación con ese hecho, el Juez lo absolvió; pero mandando inutilizar la referida proclama; resolución de la cual se apeló.—No debe reconocerse derecho de propiedad en aquellas cosas, que no han podido producirse, sino en contravención á las leyes, ó cuyo uso importaría necesariamente, su violación.—Aunque existe libertad de imprenta, la circulación de los impresos se halla sujeta á ciertas condiciones indispensables; y no llenándose, la autoridad está en su perfecto derecho para impedirlos.—El impreso de que se trata, llevando manifestamente tendencias subversivas, no está firmado por persona alguna, ni se indica en él la imprenta de que procede.—El Juez del Crimen ha obrado pues correctamente, mandándolo inutilizar; y esta providencia siendo arreglada, debe confirmarse.....	400
<b>CXXI—RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MUJER, POR DELITO DEL MARIDO—<i>Sumario:</i>—</b>	
Si la mujer sea obligada por derecho, á	



responder con sus propios bienes, á las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio.—Si lo sea al menos, en defecto de bienes gananciales, como también de propiedad del marido.—Si en caso de existir la indicada obligación en la mujer sea extensiva á las multas, condenaciones pecuniarias, indemnizaciones civiles y costas provenientes de un proceso por delitos del marido.—Si procede así mismo la expresada responsabilidad, aunque el referido proceso hubiese versado sobre un delito, como el de infidelidad, en que resultase directamente agraviada la mujer..... 403

## SECCIÓN SEGUNDA

### Jurisdicción, Superintendencia y Procedimientos

- CXXII—SOLICITUD DE PRESOS..... 411
- CXXIII—TESTIGOS EN CAUSAS CRIMINALES—*Sumario*:—Si la parte que los aduce tenga el deber de presentar una lista con expresión de sus nombres, profesión y domicilio; y si á aquella contra la cual se traen, le asista el derecho de presenciar sus declaraciones y de repreguntarlos..... 414
- CXXIV—UTILIZACIÓN DE LOS PRESOS EN LAS OBRAS PÚBLICAS—*Sumario*:—Habiendo el Intendente Municipal solicitado un número de presos de la Penitenciaría para emplearlos en los trabajos públicos, y pasado el asunto al estudio del Fiscal, éste se expidió en la forma siguiente, adoptada como resolución por la Cámara de lo Criminal..... 417
- CXXV—COSA JUZGADA EN LO CRIMINAL—*Sumario*:—Relación del caso; habiendo tenido lugar, hace algún tiempo, un robo, recayeron sospechas sobre dos individuos, de los cuales el uno estuvo preso.—No pudiendo adelantarse la indagación, y juzgándose aquellas insuficientes, se mandó sobreseer.—En consecuencia el detenido fué puesto en libertad sin entablarse acusación, ni habérsele tomado confesión.—Habiéndose ahora descubierto el robo y encontrándose parte de los objetos robados, la policía inició un sumario.—El Juez del Crimen se niega sin embargo á continuar la causa, creyendo que en ella hay cosa juzgada.—El sobreseimiento puede tener lugar por diversas causas; y no produce siempre iguales efectos.—En lo criminal no puede haber cosa juzgada, si no hubiese llegado á formalizarse el proceso.—Esto sucede cuando el detenido no fué acusado, ni se le recibió confesión con cargos.—Así como en lo



civil, la demanda y su contestación son el principio del juicio, lo son en lo criminal la querella y la defensa.—En el procedimiento de oficio la confesión con cargos suele hacer las veces de la acusación.—No habiéndose recibido esta, ni deducirse acusación, no ha existido juicio; no ha recaído sentencia, ni puede resultar cosa juzgada.—Carece pues de fundamento legal la resolución apelada; debe revocarse y formalizarse el proceso. .... 420

CXXVI—FORMALIDADES DE LA QUERELLA—*Sumario*:—Habiéndose opuesto por el reo como excepciones dilatorias, la falta de juramento y de fianza de calumnia por parte del acusador, estas excepciones han sido desechadas.—Las leyes de Partida exigían expresamente en el querellante, el juramento de calumnia.—De esta formalidad no se encuentra eximido el que acusa injuria propia ó de los suyos.—Dicha formalidad del juramento no ha sido suprimida, ántes bien las últimas disposiciones la consideran vigente.—Aunque las más de las veces no se practique, la ley que la establecía, no ha caducado por desuso.—Doctrina de los autores.—Las leyes Recopiladas establecieron también la fianza de calumnia.—Esta fianza, teniendo por objeto asegurar las responsabilidades del acusador, no es aplicable á los acusadores que no deben recibir pena aunque no se compruebe la acusación.—En este caso se encuentran los que acusan por deber de su oficio ó en vindicación de injuria propia ó de los suyos.—Doctrina de varios autores exponiendo el sentido de las indicadas leyes Recopiladas, y eximiendo de fianza al que acusa por injuria propia ..... 424

CXXVII—ACUSACIÓN CRIMINAL POR PROCURADOR—*Sumario*:—De la combinación de las dos leyes de Partida que hablan sobre esto, resulta: que sólo es prohibido acusar por procurador, en los casos en que pueda resultar pena capital ó por lo menos *corporis afflictiva*.—Doctrinas de Gómez, Elizondo, Tapia, Escribey Tejedor, conciliando en este sentido las indicadas leyes.—Hoy debe tenerse presente, además, á este respecto, que no subsiste la pena del Talión; y en el caso de que se trata, que el acusador de injuria propia no está sujeto á pena aunque no pruebe la acusación.—En todo caso la pena no se impondría en el mismo juicio, sino en otro separado..... 431

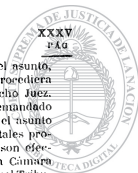
CXXVIII—ACUSACIÓN CRIMINAL POR PROCURADOR—*Sumario*:—La disposición de la Ley de Partida que prohíbe acusar por procurador, se restringe por otra á los casos más graves en que pueda venir pena capital ó *corporis afflictiva*.—Doctrina de Gregorio López explicando y conciliando ambas leyes en este sentido.—Debiendo ser de igual condición en el juicio los litigantes, en los casos en que se permita la exarcelación del reo bajo de fianza, no podría negarse al acusador el gestionar por apoderado.—Por el hecho mismo de admitirse fianza en tales casos, se resuelve que no puede venir pena corporal, y que aquel



- recaiga, es subrogable por multa... 436
- CXXIX—**SOBRE UN INFORME MÉDICO.—***Sumario:*—Relación del incidente—Habiendo la Cámara solicitado informe del Concejo de Higiene sobre si el procesado se encuentra ó no demente en la actualidad, sin responder á la pregunta, contestó; que era epiléptico irresponsable—Devuelto este informe, exigiéndosele una respuesta precisa y categórica, se negó á expedir uno nuevo, y remitiendo por segunda vez el primero, agregó: que el reo no era loco, ni lo habia sido jamás en sentido médico, pero sí, en sentido legal—Comunicada vista al Fiscal de esta contestación, observa que el Concejo se habia extralimitado, pues tomando equivocadamente la locura en sentido legal, como equivalente de irresponsabilidad, venia y resolver por si mismo una cuestión de derecho—Hace ver que el Concejo procede por los principios de la escuela positivista, la cual desconociendo la libertad en el hombre, suprime la moral y subvierte todas las instituciones—Afirma que la libertad es un hecho de conciencia y que por tanto estamos tan seguros de ella, como de nuestra propia existencia—Sostiene no ser exacto que la sensibilidad decida siempre en nuestra conducta, y que no es cierto que existan criminales natos—Que tampoco lo es el que pueda perderse de todo punto el sentido moral conservándose íntegra la inteligencia—Que la ley no reconoce la locura moral para eximir de responsabilidad: doctrina de Legrand, de Soullé y de Taylor—Tendencia de cierta escuela médica á desconocer la libertad moral del hombre: prevención á los jueces de Mittermayer á este respecto—Examina las razones del Concejo de Higiene para negarse á dar un segundo informe—Equivocación que éste sufre respecto al objeto y alcance del dictámen que se le pedia—Ese informe no tiene relación con la responsabilidad del reo, sino únicamente con la prosecución legal de la causa—Sobre el primer punto existia ya un informe médico legal aprobado, y no era admisible uno nuevo—Así estaba resuelto en el proceso que el Concejo habia tenido á la vista, y no podia ignorar esa resolución—Observa que también es un error equiparar con la sentencia el dictámen pericial, que bien puede ser suplido ó modificado—En fin, que resultando el expresado informe estraviado y dañoso en el fondo, irregular é ilegítimo en su forma, debia ser rechazado—Resolución que conviene adoptarse en el caso, á virtud de la negativa del Concejo á expedirse en los términos en que correspondia... 436

- CXXX (1)—**PROCEDIMIENTO EN CASO DE COMPETENCIA.—***Sumario:*—Pendiente una demanda ante el Juzgado de Comercio, el Juez en lo Civil á solicitud del demandado, se declaró competente en el asunto y le reclamó su conocimiento—El Juez de Comercio accediendo á la inhibitoria, mandó pasar los autos al de lo Civil que se los reclamaba; de cuya providencia apeló el demandante

(1) Esta vista se refiere á la LXVII del tomo 1º.



—La Cámara de lo Mercantil tomando conocimiento del asunto, revocó esta providencia, y ordenó al Juez *à quo* procediera como correspondía—En virtud de esta resolución dicho Juez, dando por establecida su jurisdicción, mandó que el demandado contestase; lo declaró rebelde y marchó adelante en el asunto —El interesado apeló entonces, y dijo de nulidad de tales procedimientos, cuya legalidad hay que examinar—Estos son efectivamente viciosos, pues la referida resolución de la Cámara no importaba dirimir la competencia—Ni siquiera aquel Tribunal habría podido hacerlo, ya porque la competencia aún no estaba formada, como por no ser superior común respecto de ambos Jueces contendores—Revocada la mencionada resolución del Juez de Comercio, en que accedía á la inhibitoria solicitada por el de lo Civil, debía proveer según el estado de la causa—Lo que en realidad correspondía era, que defendiera su jurisdicción, declarándose en competencia con el Juez Civil—En el orden regular del procedimiento, no podía ocuparse de lo principal en el asunto, sin resolverse antes legalmente la cuestión de jurisdicción—Por consiguiente todo lo hecho, procediéndose en sentido contrario, es de ningún valor..... 453

CXXXI—DECLINATORIA OPUESTA AL JUEZ DEL CRÍMEN—*Sumario*:— Habiendo acusado el Juez de Comercio como calumniosa, una publicación en que se le atribuía prevaricato, el acusado negó la competencia del Juez del Crimen—Fúndase la declinatoria en que el querellante estando sujeto solamente al juicio político, dicho Juez no podría castigar el prevaricato, ni de consiguiente, admitir prueba sobre él—Esta consecuencia no era admisible, porque debiendo aquél decidir si en la publicación acusada, ha habido ó no calumnia, á este efecto es indispensable la indicada prueba; y el Juez estaba autorizado á recibirla—En el presente juicio el Juez del Crimen no podría en verdad, castigar al prevaricato; pero eso mismo sucedería, aunque el acusador no fuese aforado—Sin embargo, resultando justificada la imputación, dicho Juez debería comunicarlo á la Cámara de Diputados, para que en ejercicio de sus atribuciones, promoviese el juicio político—Es pues infundada, y debe rechazarse la mencionada declinatoria, confirmando la resolución apelada..... 458

CXXXII—COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO, EN EL HOMICIDIO 461

## APENDICE

ALGUNOS TRABAJOS SOBRE DERECHOS DE AGUA—PRIMER ESCRITO—  
*Sumario*:—Ylegalidad y falta de fundamento en la demanda—  
 Los meros recelos, temores ó sospechas de perturbación no





pueden motivar una acción posesoria—De nadie se presume mal por la posibilidad de abusos, antes de producirse hechos que los acrediten—Los ataques á la posesión son siempre fáciles, y no hay manera de precaverlos—La garantía de aquella consiste únicamente en la represión de los actos ilegales—El ejercicio de un derecho propio, como el cambio de una toma con permiso de la autoridad competente, no puede importar perturbación—Para que ésta exista es preciso que se ejecute indebidamente algún acto, que restringiendo los derechos del poseedor, redunde en beneficio del que lo realice—Tratándose de obra nueva, para pedir el amparo de la posesión, no es necesario esperar que se concluya; pero aquella debe ser tal, que una vez terminada, no pueda dejar de producir perjuicio—Es inexacto que el derecho de los ribereños inferiores al uso del agua, sea de peor condición que el de los ribereños superiores; pudiendo muy bien á veces resultar mejor—La acción administrativa es inadmisibile en un país libre, para resolver cuestiones de derecho que afecten la propiedad—No es propio del juicio posesorio discutirse la calidad de los derechos—La posesión debe considerarse simplemente como un hecho; y la que se tiene del agua, no se altera porque otro cambie ó suba su toma—No por ser preferente el derecho del Dr. Paez podría impedir que los Ducasse subiesen su toma aunque cuando faltase agua, la pudiera hacer cerrar—El privilegio sería relativo únicamente, á las épocas de escasez, y no para cuando el río se encuentre abundante—Aunque el molino del Dr. Paez fuese más antiguo que el de los Ducasse, no lo era respecto al derecho sobre el uso del agua de la finca, en que éste último se encuentra situado—Cuando se establecieron ambos molinos, había sin duda en el río, agua suficiente para uno y otro—En este supuesto, aunque llegase á faltar después por concesiones abusivas, no habría razón para que uno sólo soportase el déficit—Los vicios de dolo, fraude y simulación atribuidos al título ó concesión obtenida por los Ducasse son puramente imaginarios—Para demostrarlo se refieren el objeto y trámites de la solicitud, haciéndose ver lo infundado de la oposición que se le hizo—Se demuestra con varias reflexiones la seriedad y sinceridad del objeto manifestado en la solicitud—La apreciación de los motivos que la fundaban correspondía á la misma autoridad que era competente para acordarla—El Poder Administrativo es soberano; y mientras no exceda sus atribuciones, ni perjudique derechos adquiridos, sus actos no están sujetos á revisión—Respuesta á algunas observaciones del contrario—La vista del Fiscal de Gobierno en el asunto—El Ejecutivo no podía aceptarla sin desaprobando sus propios actos; pues existían precedentes de que aquella prescindía—Los recelos de cuestiones con los Ducasse, de parte del Dr. Paez, porque aquellos subían su toma, ó las complicaciones que supone resultarían en



sus relaciones jurídicas, no demuestran que la concesión atasque sus derechos—De otra suerte sería necesario admitir que á nadie podría acordarse agua para el riego, más arriba de su toma; pues siempre resultarían complicaciones—El permiso para cambiar la toma no importa nueva concesión de agua, ni en la de los Ducasse existe indeterminación alguna—La cláusula de *sin perjuicio* en una concesión, es puramente de forma, y no hace hipotético ó condicional el derecho que confiere—Para usar de aquella el agraciado, nada tiene que probar; y presumiéndose su validez, quien la impugne, alegando perjuicio en sus derechos, tiene que probarlo—Aunque es verdad que la intervención de la autoridad en el reparto de las aguas, tiene por objeto poner orden en su aprovechamiento; y debe evitarse conceder á uno, lo que hubiese sido acordado á otro, el permiso á los Ducasse para subir su toma, no importa nueva concesión, sino el reconocimiento de la que disfrutaban—En una solicitud no puede presumirse obrección, por no haberse manifestado un hecho público y notorio; pues éste se supone conocido—El que posea un derecho de agua, aunque se suponga preferente respecto de otro, no puede impedir á éste subir su toma, pues esto importaría una servidumbre de no hacer—En épocas de escasez sólo tendría la facultad de hacerle restringir, ó suspender el uso cerrándose la compuerta, más no la de suprimirla—¿Cómo debe conducirse la autoridad para el reparto de las aguas, donde las corrientes son verdaderos torrentes, que crecen en verano y disminuyen mucho en el invierno, conciliando al respecto los derechos adquiridos, con la necesidad de desarrollar la agricultura y la industria—Entre los ribereños, no es exacto que la calidad de superiores les acuerde de por sí, preferencia respecto á los inferiores—Llegando á escasear el agua, en términos que no alcance para todos los que la disfrutaban legalmente, no es cierto que deba faltar sólo para los de más abajo, indemnizándose cada uno á espensas de los otros; sino que debe dividirse en proporción y con equidad—El Dr. Paez nunca estuvo en posesión del derecho para impedir á los Ducasse el subir su toma, el cual supondría una servidumbre; ni puede decir perturbada aquella por ese sólo hecho, pues no supone necesariamente el abuso—Siendo toda agua corriente por cauce natural, del dominio público, las concesiones para su aprovechamiento no deben considerarse como derechos reales y perpétuos, en términos que no puedan restringirse—Según el mismo principio, á los ribereños de ríos ó arroyos no les asiste ningún derecho especial, exclusivo, ó privilegiado, para aprovechar las aguas—No es exacto, como se pretende de contrario, que el agua corriente sólo sea pública, para beber, lavar y bañarse, pues que lo es asimismo, para todos los usos de la agricultura ó de la industria—Tampoco es exacto que nuestro Código Civil sin



hacer innovación alguna, conserve simplemente, lo que se hallaba establecido por el Derecho Romano—Este para beber, lavar y bañarse no declaraba pública el agua, sino común; lo cual es muy diverso; considerando públicas casi todas las corrientes para los demás usos—Nuestro Código Civil yendo más adelante, declara pública toda agua que corre por cauce natural para todos los usos, incluyendo los arroyos que el Derecho Frances reserva á los ribereños—Tampoco es exacto que el C. Civil conserve el Derecho Español, pues las Partidas siguieron el Derecho Romano, cuyas disposiciones no son idénticas á las de aquel—El Código se conforma á las Leyes de Indias que efectivamente hacían comunes las aguas; lo cual se nota como una especialidad, que no existiría si sólo se refriesen á los usos de beber, lavar y bañarse, para los cuales no dejan en España de ser comunes las aguas—El sentido de la doctrina del Código se determina aún más por la de Goyena, con la cual es concordante y por las explicaciones de su propio autor el Dr. Velez, que no dejan duda alguna—También resulta más claro, del exámen comparativo de sus disposiciones con los principios establecidos por la Jurisprudencia Francesa—Cualquiera que sea la naturaleza del derecho al uso de las aguas, nadie podría ciertamente turbarlo de un modo arbitrario; pero el demandante no justifica la perturbación sólo con demostrar que aquel derecho es real—Para acreditarla el Dr. Paz precisaba probar que la concesión de que se trata, menoscabando y restringiendo sus derechos, ampliaba el de los Ducasse—Lejos de acreditar esto, reconoce por el contrario, que dicha concesión salva sus derechos; y en ese supuesto, no pueden perjudicarle los trabajos que se practican, pues que no son, sino la ejecución de aquella—El demandante sólo alega el temor ó recelo de pleitos; pero las acciones posesarias sólo se refieren á la turbación por las vías de hecho; y en ningún caso aquellos lo serían seguramente—El Dr. Paz alega que su derecho es excepcional pero la pretensión de un derecho anómalo es inadmisibile; pues que no existen otros derechos reales, cual clasifica el suyo, que los que el Código reconoce—Lo que quiere decir, sin animarse á manifestarlo con claridad, es que goza también servidumbre para impedir á los Ducasse subir su toma, lo cual no acredita—Que este hecho no importa de por sí turbación en la posesión, lo resuelve la ley de Partidas, al permitir que á pesar de existir ya un molino, pueda establecerse otro, á condición de no privar al primero del agua de que se servía—Esta condición indica manifiestamente, que la toma del nuevo molino haya de situarse más arriba que la del antiguo, pues de otra suerte no podría perjudicarle; y sin embargo, el hecho se declara licito—La finca de los Ducasse por sus títulos goza servidumbre activa en las de más arriba, para poder conducir, por ellas el agua—No han podido perder ese derecho,

por haberse limitado á tomarla de más abajo—En fin, les fué reconocido á sus antecesores, en juicio contradictorio con los causantes del Dr. Paez; y de consiguiente, existe cosa juzgada en favor de aquellos..... 163

SEGUNDO ESCRITO.—*Sumario*:—Antecedentes del asunto—Exámen de los documentos que acompañan á la demanda—Ordenanzas y acuerdos del antiguo Cabildo que también se mencionan—El Fiscal de Gobierno entendió mal la solicitud de los Ducasse, creyendo que pedían mayor cantidad de agua, y en ese sentido fué que se opuso—Esto era inexacto, pues lo único que se solicitaba, era el permiso para cambiar la toma; y eso fué lo que autorizó el Gobierno aconsejado por el Departamento Topográfico—Irregularidad del proceder del Concejo Ejecutor que pone de manifiesto su falta de imparcialidad—El Concejo al peticionar al Gobierno la revocación de la nueva concesión de agua que suponía haber hecho, le reconocía esta facultad, que en la demanda reclama como atribución suya—Las concesiones de agua no son revocables *ad nuptum*, aún cuando puedan restringirse por reglamentos ó medidas generales—El Concejo sentaba pues un mal precedente, al solicitar la revocación de una concesión especial—La única consideración que entonces expuso, fué la falta de agua en el río, más esta dificultad desapareció con la declaración de que en el caso de escasear, el servicio público sería preferido—No satisfecho, sin embargo, el Concejo solicitó dictámen del abogado consultor el cual agregó entonces que la administración se complicaría—Por último, se mandó preparar un informe al ingeniero municipal, que á su vez se avanzó á decir, que los trabajos de los Ducasse perjudicarían á la toma de la acequia pública—En su segunda nota al Gobierno, el Concejo le manifestaba que los Ducasse construían un canal de riego; y que así lo informaba el ingeniero municipal; todo lo cual era falso—Este decía sin embargo, que alzarían toda el agua del río, y que sería más perjudicial que el de un señor Domínguez, que acababa de construir otro muy grande de regadío; contra el cual el Concejo no había reclamado—Exámen del informe de dicho ingeniero: errores manifiestos é inexactitudes que contiene—Equivocación del Concejo al sostener que en la época colonial el reparto de las aguas ó concesiones de riego era atribución ordinaria de los cabildos—Los acuerdos y ordenanzas de los antiguos cabildos no se pueden considerar vigentes; y por esta razón no se han incluido en el Digesto Municipal—El Decreto que se cita de 1796 para que no se hicieran nuevas concesiones de agua sobre el río Primero, nunca se observó porque aún después de esa fecha se han hecho varias—En todo caso habría quedado derogado por la ley Provincial que declaró pública toda agua corriente por cauce natural—La disposición que prohibió construir diques sobre el río, estaría





asimismo derogada por la del Código Civil que los permite hasta la mitad—Cuando se supusiese vigente el precitado decreto de 1796, prohibiendo hacerse nuevas concesiones de agua en el río Primero, no sería aplicable al caso en cuestión—El permiso para subir la toma no importa nueva concesión de agua, y la que corresponde á la finca de que se trata, remonta á 1672—Se demuestra lo imaginario de los perjuicios que se supone recibiría el servicio público por los trabajos de los Ducasse—Se recuerda que estos han querido para poder continuarlos, prestar garantía á satisfacción; la cual ha rehusado admitir el Concejo—Es inexacto que falte el agua para el servicio público; pues al contrario, en el contrato sobre el establecimiento de aguas corrientes en la ciudad, se supone que reparado el dique, resultará un sobrante—El aumento de empleados y la complicación de la administración que se invocan como perjudiciales, son meros pretextos; porque es imposible evitarlos sin impedir el progreso—Es infundada la observación de que subiendo los Ducasse su toma, el municipio perdería las ventajas que hoy disfruta como ribereño superior—Es un error creer que el derecho de ribereño superior de por sí, es preferente al de los inferiores; pero siéndolo por otro concepto el de la Municipalidad; y estándole reconocido; jamás podría perderlo—Se responde á las observaciones con que se intenta probar que el objeto manifestado por los Ducasse en sus nuevos trabajos, el de ganar altura, sea quimérico; y que en realidad lo que se proponen es alzar mayor cantidad de agua—El fundamento real de la oposición de la Municipalidad á los indicados trabajos, no puede ser el que se expresa de la disminución del agua, pues á pesar de que continuamente se abren nueva tomas, nunca se ha opuesto ni hecho observación alguna—El empleo que la Municipalidad puede dar á las aguas, jamás será más provechoso, que el de la que se destine para proporcionar pan al pueblo—¿Cuál sea el sistema que convenga seguir para la distribución de las aguas en la provincia de Córdoba, donde por una parte el riego es indispensable, y por otra las corrientes, disminuyendo en invierno, aumentan mucho en verano, por lo menos ocho veces su volúmen—Equivocación del Concejo al sostener que porque la Municipalidad debe cuidar el servicio de agua en las poblaciones, haya de ser también la que ejerza jurisdicción en los ríos, y verifique las concesiones para el riego—El error proviene de haber encontrado en los libros del antiguo Cabildo que este corría con la distribución de las aguas; y á veces hacía concesiones en las del río—Esto, sin embargo, sólo procedía por delegación; y no demuestra en manera alguna, que el hacer tales concesiones fuese atribución propia del Cabildo—Sin reflexionar en esto, el Concejo se encuentra embarazado, al notar, que también el Gobierno hacía concesiones de agua; inclinándose



por esto á admitir una jurisdicción concurrente—En el régimen colonial era desconocida tal especie de jurisdicción, sino quisiese llamarse concurrente la que desempeñaban *in solidum* los Alcaldes, con derecho de prevención: por la Constitución las atribuciones de la Municipalidad son privativas y excluyentes—Por la Legislación de Indias el reparto de tierras y aguas era considerado prerogativa Real, que se comunicaba á los Virreyes ó Presidentes y á veces á los Gobernadores—Se corrobora esta doctrina con las opiniones de los autores que han expuesto la indicada Legislación—Aún admitiendo que el Cabildo hubiese gozado la atribución que reclama, no debe olvidarse: que siendo suprimido, su autoridad caducó; y aunque más tarde esta institución se ha restablecido con el título de Municipalidad, no lo ha sido con las mismas atribuciones, sino con las que la ley le confriese—Las leyes de la provincia que confieren á la Municipalidad el servicio de aguas, se refieren á la higiene: siendo atribución del Ejecutivo reglamentar el aprovechamiento de las aguas, para los usos de la agricultura é industria—Habiendo cambiado enteramente las condiciones de la organización de la provincia en la época colonial, el ejercicio de la indicada atribución por la Municipalidad sería incompatible con el régimen actual—No es un argumento en contrario, la mención que algunas disposiciones del Código hacen de la Municipalidad, como autoridad competente en ciertos casos, para dar ó negar el permiso de realizar trabajos relativos al uso de las aguas—Esas disposiciones se refieren sin duda á la policía de los ríos bajo ciertos respectos; ó bien á las aguas, cuya distribución le hubiese sido encomendada; pues igual mención hacen del Estado y de la Provincia—Declaradas del dominio público todas las corrientes de agua, mientras la ley no haya reglamentado la materia, lo natural es que el Ejecutivo sea quién las administre—Las últimas disposiciones del Gobierno colonial quitaban toda duda reservando sólo á los cabildos el servicio de aguas en las poblaciones—En el mismo sentido se ha resuelto el punto en España, deslindándose en la materia lo que pertenece á los ayuntamientos y lo que corresponde al Gobierno—Opiniones y doctrinas de varios autores modernos, en la materia, de que se trata—La posesión que alega la Municipalidad no puede referirse al río; porque según el Código, es del dominio público—Tampoco puede referirse á la facultad de hacer concesiones de agua; porque desde mucho tiempo es el Gobierno el que las otorga—Ni en fin, al derecho de impedir que se abran tomas más arriba de la suya; porque declarada pública el agua, los propietarios que se hallan situados más arriba, habrían adquirido el derecho de servirse de ella—El Código al mismo tiempo que declara que los bienes municipales pueden enagenarse, resuelve que las aguas corrientes como del dominio público no son alienables—Cualesquiera que en lo

antiguo, hubiesen sido en esta materia, los privilegios del municipio reglamentados de nuevo en el Código, habría que estarse sólo á sus disposiciones—La Municipalidad no ha justificado el perjuicio que supone resultarle de la concesión á los Ducasse, procurando anularla—Era obligada á hacer esa justificación, por más que dicha concesión lleve la cláusula de <i>sin perjuicio</i> —Es inexacto que con motivo de la reclamación del Concejo al Gobierno, éste lo autorizase para revocar aquella concesión—Lo es igualmente, el que por el contrato para el establecimiento de aguas corrientes, la Municipalidad se hallaba obligada á impedir nuevas tomas sobre el río—El permiso de que se trata concedido á los Ducasse, es de fecha anterior; y no importa nueva concesión de agua—Las dos razones que la Municipalidad manifestaba como fundamentales, para oponerse á la concesión de los Ducasse, sus obligaciones en el contrato de aguas corrientes y el acuerdo de 1796, resultan enteramente vanas—Se demuestra que el derecho de agua correspondiente á la finca de los Ducasse, como desinembración de la merced de Adaro, y con la calidad de poderse alzar el agua más arriba de la toma municipal, data de más de dos siglos—Ese derecho habiéndose usado en forma diversa, pero también arreglada al título, no ha podido perderse por tiempo—Además, ha sido reconocido en distintas ocasiones en juicios contradictorios con los representantes del Cabildo.....	519
---	-----



PARTE I

---

CÁMARA DE LO CIVIL

---







# PARTE PRIMERA

# CÁMARA DE LO CIVIL

## SECCION I

## Cuestiones de fondo

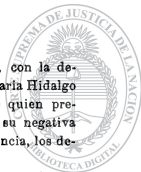
### VISTA LXXIV

#### FILIACIÓN NATURAL

#### SUMARIO :

En esta causa la pretensión de la demandante aparece exenta de toda sospecha de interés.—El demandado carece de fortuna; y no posee tampoco un nombre ilustre.—Ningun otro móvil ha podido inducir á la actora á soportar los azares de un pleito que el obtener el estado de familia que le correspondía.—En este supuesto se necesita menos prueba, para persuadirse de la verdad de los hechos alegados, que en la hipótesis contraria.—La declaración de la madre moribunda no carece ciertamente de importancia.—Por la antigua Legislación, la tenía grandísima en el delito de estupro, la declaración de la víctima.—Aunque la Jurisprudencia haya cambiado, en el caso presente obran otras pruebas contra el demandado.—Entre ellas debe tenerse en cuenta la falta de contestación directa sobre los hechos fundamentales de la demanda.—Se advierte también que al resistirla, aquél procedía en el concepto equivocado de que la acción para el reconocimiento de la paternidad, no podía deducirse, sino después de la muerte del padre; ni comprobarse, sino por la posesión de estado.—No habiéndosela, pues conferido á su hija, aunque en secreto la hubiera hecho criar más de un año, se consideraba seguro de toda reclamación.—La indicada doctrina no es aplicable al caso, pues habiéndose entablado la demanda en vida del padre, es admisible en su apoyo, todo género de prueba.—Además de la que se ha expresado, obran varias declaraciones positivas de personas dignas de crédito.—Sobre los hechos domésticos ó de familia, el parentesco no es tacha legal en los testigos.—Reunida en conjunto toda la prueba producida es suficiente á justificar la demanda.—Debe por tanto en justicia, confirmarse la sentencia apelada, que declara la filiación natural.





*Excmo. Cámara:* — El Fiscal se ha instruido, con la debida atención, de los autos seguidos por Doña María Hidalgo de Carrasco contra D. Juan Manuel Morillo, de quien pretende ser hija natural; á fin de que no obstante su negativa se la declare tal, y se le reconozcan en consecuencia, los derechos que en este concepto le corresponden.

Pocas veces, Excmo. señor, sucede que una cuestión de esta clase pueda ser considerada con absoluta independencia de todo interés pecuniario; cual sucede en el caso presente, pues es manifiesto que no ha podido ser este interés el movil que indujese á la demandante á reclamar su filiacion, desde que se reconoce por una parte que no tiene necesidad de solicitar alimentos, y por otra, que no siendo cuantiosa la fortuna del demandado, y teniendo éste una numerosa familia, no sería ciertamente de consideración, la parte de herencia que á aquella pudiera corresponderle.

Esta observación obra en el ánimo del Fiscal, y lo predispone á persuadirse de la verdad de los hechos expuestos por la señora Hidalgo, sin gran dificultad, y con menos comprobantes de los que en otro caso habría precisado.

Separada efectivamente, la sospecha de todo interés sordido y mezquino, el Fiscal no puede dejar de atribuir algún valor, á la exposición misma de la demandante la cual forzosamente debe reputar sincera y conforme á la declaración de la madre, que moribunda le reveló quien era su padre.

Como se ha observado muy bien, ni se trata de un nombre ilustre, ni de intereses pecuniarios que pudieran excitar la codicia. ¿Qué otro movil, pues, ha podido impulsar á la demandante á afrontar los gastos y los azares de un pleito, sino la íntima persuasión, de la injusticia con que la trataba su padre negándole el estado civil que le pertenece?

Se advierte también claramente, que el demandado procedía en la falsa convicción de que las cuestiones de filiación no pueden promoverse, sino después de la muerte del padre, ni la paternidad comprobarse, de otro modo que por la posesión de estado.



¡ Bien sabía Morillo que no se la había otorgado á su hija María Hidalgo, aunque en secreto la hubiese hecho criar poco más de un año ! ¡ Bien sabía también que dependiendo de él mismo la posesión de estado, que nunca le había concedido seguramente, aquella no habría podido adquirirla contra su voluntad !

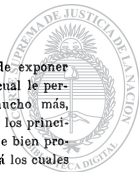
No es esta sin embargo, Excmo. señor, la doctrina consagrada en nuestro Código, según el cual no solamente los padres tienen sagrados deberes que cumplir para con sus hijos naturales, sino que tampoco ha querido dejar dependiente absolutamente, el cumplimiento de esos deberes, de la buena ó mala voluntad de aquellos.

Los derechos de los hijos naturales serían realmente ilusorios, y no merecerían el nombre de tales, desde que no pudiendo comprobarse de otra manera, que por el reconocimiento tácito ó expreso, que el padre fuese libre de hacer ó no, fuesen tan precarios, que jamás se ejecutasen, sino por voluntad del mismo deudor.

No sucede así: pues el Código, no solo autoriza á los hijos naturales para ocurrir á los tribunales, á fin de ser declarados tales, por la negativa ó desconocimiento de los padres, sino que, admitiéndoles á indagar su procedencia, les permite además aducir todo género de prueba, al objeto de acreditar su filiación.

No es verdad, que como base de indagación les exija indispensablemente, demostrar la posesión de estado, y este punto ha quedado ya fuera de discusión después de la ley de correcciones, que solo requiere la posesión de estado, cuando la acción se dedujera después de la muerte del padre, lo cual no sucede en el caso presente.

Era por tanto admisible en él, todo género de prueba, aún la de presunciones, que siendo las únicas que pueden producirse acerca de la paternidad, en defecto de la posesión de estado, adquieren sin embargo con frecuencia en esta materia, un grado tal de fuerza que operan irresistiblemente la convicción.



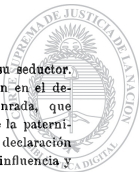
El Fiscal ha tenido ocasión, antes de ahora, de exponer por extenso, como lo ha hecho, esta doctrina; lo cual le permite omitir esta vez una larga demostración; mucho más, cuando se encuentra de todo punto conforme con los principios sostenidos por la demandante en su alegato de bien probado y contestación á la expresión de agravios; á los cuales escritos no tiene inconveniente en adherirse.

Acepta también la apreciación de los hechos comprobados, que en ellos se hace; notando que la contestación á la demanda fué desde luego evasiva por parte de Morillo; porque habiéndose expuesto en aquella que había mantenido relaciones amorosas con la madre de la reclamante, por la época en que esta fué concebida, debió confesar ó negar categóricamente este hecho; mientras que su repuesta, diciendo haber tenido *relaciones sociales*, no venía á ser otra cosa, que un mero subterfugio.

Niega, es verdad, que la demandante sea su hija natural; pero en realidad no contesta respecto á las relaciones amorosas que se le atribuían con la madre de la demandante, porque no es confesarlas, ni negarlas, el responder que mantuvo con ella *relaciones sociales*, desde que éstas de ningún modo excluían aquellas. ¿Acaso no existe necesariamente relación social entre el padre y la madre? ¿Deja de haber por ventura, jamás, sociedad entre los esposos ó concubinos?

En concepto del Fiscal el demandado debe tenerse por confeso en esta parte y reputarse cierto el hecho indicado, tanto por su silencio acerca de él y evasivas en la contestación á la demanda, cuanto porque se ha demostrado en términos que no dejan duda.

Establecida, Excmo. señor, la verdad de esas relaciones, por la época en que la demandante fué concebida y reconocida también como lo ha sido, la honorabilidad de la familia á que pertenece, está andado ya la mitad del camino en la prueba de la filiación, porque sería del todo inverosímil y absurdo que una tierna niña de catorce ó quince años, atribuyese sin ningún móvil de interés, la paternidad



del hijo que llegó á concebir, á otro que á su seductor.

Recuerdo á V. E. que nuestra antigua legislación en el delito de estupro, daba crédito á la virgen deshonrada, que indicaba el autor de ese delito; y tratándose de la paternidad del hijo que hubiese concebido, esa misma declaración no puede razonablemente, dejar de tener cierta influencia y cierto grado de fuerza probatoria.

A esto se agrega la prueba directa que ofrecen los autos, proveniente de las declaraciones de D<sup>a</sup> Plácida Vazquez, D<sup>a</sup> Fermina Reynoso, D<sup>a</sup> Gervasia Miller de Campos, doña Máxima Moulló y D<sup>a</sup> Serapia Hidalgo: y reunida en conjunto con los antecedentes ya mencionados, resulta sin duda alguna suficiente á acreditar legalmente, la paternidad natural atribuida á Morillo.

El Fiscal procede en verdad, en el supuesto de que tratándose de hechos domésticos ó de familia, como sucede en lo referente á la edad, parentesco ó estado, no puede ni debe en manera alguna, prescindirse de todo punto, de las declaraciones de los parientes y personas mas allegadas, pues que por lo regular, son los únicos que conocen estas cosas; y de consiguiente admitir dicha exclusión, valdría tanto, como imposibilitar la prueba, toda vez que no pudiera producirse por escrito.

En conclusión, el Fiscal no obstante lo alegado en contrario por parte de Morillo, encuentra arreglada la sentencia apelada, pues que se ajusta á los verdaderos principios, y se conforma también en cuanto á los hechos, á la verdad resultante, de autos: siendo de sentir por tanto, que debe confirmarse como lo solicita.

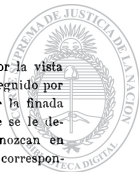
Buenos Aires, Agosto 24 de 1883.

## FILIACIÓN NATURAL

## SUMARIO :

El Juez *a quo* ha desechado la demanda en indagación de la maternidad, por no resultar bien comprobada la posesión de estado.—En cuanto á los casos ocurridos antes de la ley de correcciones; es inexacto que el C. Civil, aún después del fallecimiento de los padres, requiriese la posesión de estado.—El error contrario proviene de la aplicación irreflexiva de doctrinas referentes á la Legislación francesa, basada sobre principios opuestos á los que adopta la nuestra.—Prohibiendo absolutamente el C. Napoleon la indagación de la paternidad natural; la escuela de Demolombe pugna por hacer admitir la prueba de la posesión de estado, por cuanto menos que una indagación, importa el reconocimiento tácito.—Nuestro Código no solo permite la indagación de la filiación natural, sino que para justificarla admite todo género de prueba.—La doctrina de Demolombe solo es aplicable al padre, pues el C. Napoleon permite la indagación de la maternidad, aunque el hijo no tenga posesión de estado, desde que exista principio de prueba por escrito, que el nuestro no requiere.—De consiguiente, tratándose en este caso de la indagación de la maternidad, la doctrina invocada por el Juez sería erróneamente aducida, aún bajo el imperio de la Legislación francesa.—Así, pues, la resolución que corresponde en justicia, en el asunto de que se trata depende únicamente de valorar con exactitud, el mérito de las pruebas producidas sobre la filiación.—Estas á juicio del Fiscal son suficientes; y consisten: 1º En la declaración directa de un testigo sin tacha.—2º En la confesión extra-judicial, pero reiterada de la madre, bien comprobada.—3º En el parecido de su fisonomía con la del demandante.—4º En fin, en haberlo ésta instituido heredero, en un testamento, de la mitad de sus bienes, llamándolo sobrino, sin serlo realmente.—Siendo pues, satisfactoria y completa la prueba de la filiación producida por el reclamante, debe revocarse la sentencia apelada aunque aquél no haya tenido posesión de estado.





*Excmo. Cámara:* — El fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del pleito seguido por D. Juan José Viscarrá contra la testamentaria de la finada doña Tomasa Viscarrá de Barceló, á fin de que se le declare hijo natural de esta señora, y se le reconozcan en consecuencia, los derechos que en tal concepto le correspondieran.

El Juez de 1ª instancia ha rechazado en definitiva esta solicitud; fundándose principalmente, en la necesidad de la demostración de la posesión de estado, como única prueba legalmente admisible acerca de la filiación natural, especialmente después del fallecimiento de los padres, y en defecto de su reconocimiento expreso.

El exponente ha tenido ocasión antes de ahora de manifestar á V. E. y de fundar extensamente, en otras causas semejantes, sus opiniones en sentido contrario; razón por la que en la presente no hará otra cosa que resumirlas.

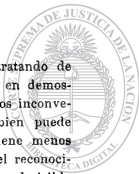
Tratándose de casos ocurridos con anterioridad á la ley de 3 de Setiembre del año pasado que vino á corregir en esta parte al Código Civil vigente, no es cierto que la única prueba de la filiación natural, aun después del fallecimiento de los padres, consista en la posesión de estado.

Por el contrario, declaraba expresamente ser admisible en esta materia todo género de pruebas con que se acreditan en juicio los hechos; bastando de consiguiente dos testigos hábiles y aún presunciones, siempre que sean graves, numerosas y concordantes.

La necesidad de la prueba de posesión de estado en las cuestiones de filiación natural, es un error que ha nacido de la irreflexiva aplicación del Derecho Francés, que en la materia que nos ocupa, adopta principios diametralmente opuestos á los que basan nuestro derecho civil.

Mientras éste permite indagar libremente la paternidad, aquel lo prohíbe del modo más absoluto; sin admitir otra prueba de la filiación natural, que el reconocimiento expreso de los padres consignado en documento auténtico.





Cierta escuela encabezada por Demolombe, tratando de suavizar el rigor de este principio, se empeña en demostrar que la posesión de estado, careciendo de los inconvenientes de la prueba directa de la filiación, bien puede equipararse al reconocimiento, pues que no tiene menos eficacia; y no viene á ser al fin otra cosa que el reconocimiento tácito; razones por las cuales sostiene ser admisible esta clase de prueba aún bajo el imperio de una Legislación completamente restrictiva, y que requiere indispensablemente el reconocimiento.

Desde que nuestro Código adoptando principios opuestos, permite libremente la indagación de la paternidad; y declara además admisible toda clase de pruebas, aún la de presunciones, es claro que nada de aquello puede tener aplicación alguna entre nosotros.

Hay más: los principios de la mencionada escuela francesa, sobre la admisibilidad de la posesión de estado como prueba de la filiación natural, tiende á hacer menos absoluta la prohibición de su indagación; y de consiguiente, se aplican solamente al padre, respecto del cual es únicamente que existe la prohibición: no á la madre, con relación á la cual es de todo punto libre indagar la filiación, desde que exista principio de prueba por escrito, que nuestro Código no requiere en manera alguna.

Así, pues, el Derecho Francés, aún cuando pudiera tener aplicación entre nosotros, en la materia que nos ocupa, lo cual no sucede sin embargo, ni exige indispensablemente el reconocimiento de la madre, ni concreta exclusivamente la prueba de la maternidad á la posesión de estado.

Se permite libremente la indagación de la maternidad; porque la madre se considera cierta; y esto, aunque el hijo ni hubiera sido reconocido, ni hubiese tenido tampoco posesión de estado; pues sin nada de esto podría probar con evidencia su filiación, por medio de las personas que hubiesen asistido al parto, las cuales depondrían de ciencia cierta.



Se ve, por esto, que no solo es errónea la teoría jurídica en que se apoyan, tanto la defensa hecha á nombre de la testamentaria, como la sentencia apelada; sino que también se le ha dado, en el caso presente, una aplicación demasiado extensa y equivocada, que no pudiera tener ni aún bajo el imperio de la Legislación en que ha nacido, fundamentalmente opuesta á la nuestra.

Esto supuesto, el acierto en la resolución que debe pronunciarse depende únicamente de valorar con exactitud la prueba producida en apoyo de la filiación reclamada por el demandante; la cual pasa á examinar el Fiscal.

1º Encuentra desde luego, la declaración asertiva y concluyente de Petrona Flores de Varela, persona hábil y que carece de toda tacha, la cual depone: que le consta que Viscarrá es hijo natural de la finada doña Tomasa Viscarrá de Barceló; por haber tenido lugar en su casa el desembarazo; habiendo sido aquella asistida por la madre de la declarante.

2º La confesión extrajudicial y reconocimiento expreso, aunque no consignado en documento, que delante de muchas personas y en diversas ocasiones hizo la finada declarando ser la madre del demandante.

Figura principalmente entre estas declaraciones la del doctor D. Alejandro Diaz Franco, que asistió como médico á doña Tomasa durante la peste de la fiebre amarilla, de la cual se hallaba enferma, y que según expresa, le manifestó: que solo su hijo Juan José Viscarrá podía haberla socorrido en aquel trance.

El Fiscal no puede menos en su conciencia de atribuir grande importancia á este hecho; por que efectivamente denota el afecto de un hijo tierno y cariñoso para su madre, que le inspiraba la abnegación y el sacrificio, en circunstancias tan terribles que pusieron á prueba los vínculos mas estrechos de la naturaleza y de la sangre.

3º La fuerte semejanza en su fisonomía con la de doña Tomasa; que el demandante ha justificado, no tanto por los

informes médicos con relacion al retrato, cuanto por las declaraciones de las personas que la han conocido.

Aunque la semejanza de los hijos con los padres, así en lo físico como en lo moral, no es un principio absoluto, constituye sin embargo la regla general; siendo raro el caso en que los hijos no saquen al menos algunos rasgos de la fisonomía de sus padres, bien patentes para las personas que los han conocido.

4º En fin el haberlo instituido doña Tomasa al demandante, por uno de sus anteriores testamentos, heredero de la mitad de sus bienes en defecto de su madre, llamándolo sobrino sin serlo realmente.

Ese título de sobrino, en concepto del Fiscal no era más de un disfraz transparente, con que Da. Tomasa encubría la verdadera clase de parentesco que la ligaba con Viscarrá, á quien privadamente delante de muchas personas y en repetidas ocasiones, no habia trepidado en darle el nombre de hijo.

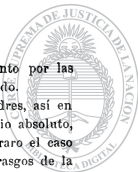
El Fiscal supone que ese parentesco de tía, que la finada se atribuía en su testamento respecto del reclamante, no era efectivo; porque á serlo bien debía conocerlo el albacea como de la familia; y nada le habría sido más fácil que el demostrarlo, para echar con esto por tierra sus pretensiones.

Ahora, si por el contrario, se supone que el indicado parentesco no existía, el hecho de atribuirselo Dª Tomasa, no tiene en la opinión general y ante el sentido común, otra explicación que la de ser su madre, según el adagio vulgar de que, á quien Dios no da hijos el diablo le da sobrinos.

En resumen: El Fiscal opina que los antecedentes consignados en autos acreditan suficientemente la filiación natural reclamada por el demandante; aún cuando no resulte acreditada también la posesión de estado; y que en consecuencia debe revocarse la sentencia apelada.

Buenos Aires, Octubre 2 de 1885.

---



# VISTA LXXVI

## FILIACIÓN NATURAL

### SUMARIO :

Este pleito se suscita por tercera vez; habiendo concluido las dos primeras por desistimiento de la demandante, que en la segunda reconoció además, que había adquirido datos sobre su verdadero padre.—De esta circunstancia han surgido dos graves cuestiones relativas al procedimiento.—¿Puede admitirse legalmente la nueva demanda, á pesar de los desistimientos anteriores?—¿Puede hacerse valer en los presentes autos, la prueba testimonial producida en los anteriores, sin ratificarse?—En la primera cuestión, resultando haberse obtenido por dinero los referidos desistimientos, no puede verse en ellos más que una transacción encubierta y nula como reprobada por derecho, á la cual no deben atribuirse efectos legales.—En la segunda, estando resuelto que los autos anteriores concluyeron legalmente; y habiendo empezado el pleito actual por nueva demanda, los testigos producidos anteriormente, han debido ser ratificados.—Relación de los hechos concernientes al asunto, que se deduce de lo expuesto por la demandante.—El demandado los ha negado absolutamente, justificando su buena reputación, y que sus amigos no han tenido conocimiento alguno de ellos.—Reflexiones que surgen de la expresada relación, y que la hacen inverosímil.—Exámen en particular de cada una de las declaraciones aducidas por la actora.—Calidad de los testigos, inverosimilitud, inexactitudes y contradicciones en que incurrían.—La prueba resultante de aquellas es insuficiente; y en consecuencia, es justa la sentencia apelada, que declarando no justificada la filiación que se reclamaba, absuelve al demandado.

*Excmo. Cámara:* — El Fiscal para expedirse en la vista comunicada, se ha instruido de los autos seguidos por Rosa Lopez Seco de Almada, contra D. José Lopez Seco, hoy contra su testamentaria, para ser declarada hija natural del demandado, y para que se le reconozcan los derechos que



como á tal hija natural le corresponden, á la cual pretensión no habiendo hecho lugar el inferior, que en definitiva considera no justificada legalmente la filiación, aquella apeló de esta resolución.

La causa de que vamos á ocuparnos, Excm. Cámara, se ha promovido por tercera vez, pues, según lo demuestra el expediente agregado, habiéndolo sido antes de ahora otras dos veces, en ambas concluyó por desistimiento de la demandante, manifestando: que al pretender por padre al mencionado D. José, habia sido mal informada, y que en tal virtud reconocía que no lo era; agregando la segunda vez, que habia adquirido datos sobre su verdadero padre.

Esta circunstancia ha producido, pues, graves dificultades en los presentes autos, ya sobre si la causa podría suscitarse de nuevo legalmente, sin que obstasen los referidos desistimientos; como también acerca de si en estos autos, deba admitirse ahora como válida, la prueba testimonial rendida á mérito de las demandas anteriores, en los expedientes que con motivo de ellas se formaron.

En cuanto á lo primero, estando demostrado que los anteriores desistimientos se obtuvieron por dinero, y que de consiguiente no importaban otra cosa, que una transacción disimulada; siendo prohibida toda transacción ó renuncia de los derechos de familia, cualesquiera que sean los términos en que el acto se redactase, ó la forma que se le diese, no puede ni debe, á juicio del Fiscal, atribuírsele efectos legales en ningún sentido. (C. Civ. arts. 262, 845, 872 y 959).

Respecto al segundo, desde luego, si anulados dichos desistimientos, y considerándose el pleito suspendido solamente por ellos, se hubiese continuado en el estado que tenía, es indudable que la prueba producida habria conservado su validez; si bien entonces la causa no habria podido ser recibida nuevamente á prueba; pero habiéndose resuelto que los autos anteriores se hallaban legalmente concluidos, é iniciándose por tanto otro expediente diverso por nueva demanda, parece que en consecuencia, habia necesidad de



reproducir en éste las declaraciones de testigos presentadas anteriormente, ratificándoselas en forma legal ; lo que ciertamente no se ha verificado. (Cód. de Proc., art. 70—Ley. 1, Tit. 16, P. 3ª).

---

Aunque la relación de los hechos producida por la demandante, ha variado mucho en cuanto á los detalles y las épocas, después de un estudio comparativo, puede reducirse á lo siguiente :

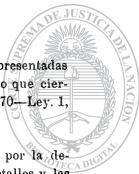
En 1831, la morena Petrona Paz entró á servir en casa de la familia de Lopez Seco, en calidad de cocinera ; y desde entonces el demandado trabó relaciones con ella, que el año 34 resultó embarazada.

Por el mismo tiempo, éste le compró un terreno, y le hizo construir una casita en la calle de Chile 277, á la cual se trasladó Petrona, saliendo de donde habia estado colocada ; y en esa casa desembarazó, dando á luz á Rosa Lopez Seco, en 3 de Setiembre de 1835.

Don José continuaba en concubinato con Petrona, sin retractarse siquiera, ni procurar ocultar sus relaciones con ella ; la visitaba de continuo, de día y de noche ; pudiendo decirse que vivía allí, pues almorzaba, comía y se quedaba á dormir en la casa : reconocía por su hija á la mencionada Rosa ; y hacía demostraciones de padre, proveyendo á sus necesidades.

A la edad de cinco años, la llevó Lopez Seco á casa de su madre, donde permaneció cuatro ó cinco años ; volviendo después al lado de Petrona, con la cual, hasta que murió, en 1870, más ó menos, mantuvo aquel sus relaciones ; parece indicarse que Rosa sirvió de nuevo á la familia Lopez Seco ; y se supone que al fin casó con el consentimiento de don José.

Este ha negado absolutamente no solo su paternidad respecto á la demandante, sino también las relaciones amorosas que se le atribuyen con la madre de ésta, la expresada Petrona. Ha negado asimismo el regalo de la casa y todo acto





que pudiera importar haber concedido alguna vez á la demandante, posesión de estado, tratándola como hija.

Demuestra pertenecer á una familia distinguida, así por su posición como por su moralidad; y que él mismo ha gozado entre los amigos que lo han tratado de inmediato, el concepto que adquirió desde temprano de hombre religioso, moral y juicioso; que éstos jamás han oído hablar de las supuestas relaciones con Petrona, ni de que como fruto de ellas, se le atribuyese una hija natural.

Antes de descender el exponente al exámen detallado y prolijo de la prueba producida por la demandante, no puede menos de emitir algunas observaciones generales, que le sugiere el estudio de la causa, y que presentan como inverosímil, la relación que acaba de reproducir sustancialmente. (Véase el art. 204 de la ley de Procedimientos):

1<sup>a</sup> Desde que se supone haber existido un concubinato de cerca de cuarenta años, á saber, de 1831 á 1870, entre la finada Petrona Paz y el enunciado D. José, sin que éste, al menos en los primeros años, se recatara en manera alguna; antes bien haciendo ostentación pública de sus amores, pues según se dice, no solo visitaba diariamente á su querida, sino que almorzaba, comía y dormía en su casa, el hecho debió necesariamente trascender, haciéndose público y notorio, en el barrio y en la ciudad; y en tal caso, á pesar del tiempo transcurrido desde el año 70 en que aquella falleció, y cesaron dichas relaciones, los testigos acerca del hecho de que se trata debían abundar; sucediendo sin embargo por el contrario, que escasean sobre manera.

2<sup>a</sup> En el supuesto expresado de un concubinato constante de cerca de cuarenta años que empezó en 1831, no dejaría de ser raro que en los tres primeros años no produjese resultado alguno ni después de 1835, volviesen tampoco don José y Petrona á tener otro hijo que Rosa.

3<sup>a</sup> El hecho de enamorarse un sujeto distinguido y de alta posición social, como Lopez Seco, de su propia sirvienta,



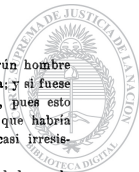
una morena cocinera, no es imposible en verdad pues el amor iguala todas las condiciones; pero revelaría ciertamente una pasión extraordinaria, que se habría traducido por necesidad en infinitas demostraciones de todo género, en favor del único fruto de esos amores, cuando lo que don José aparece haber hecho espontáneamente en favor de Rosa, vendría á ser por cierto muy poca cosa.

4º Estando probado que D. José pertenecía á una familia honorable y de alta posición social; siendo considerado él mismo hombre religioso, moral y de costumbres irrepreensibles, cuando admitiésemos que contra las apariencias que engañaban á sus amigos, hubiese concebido la pasión que se supone, y dejándose dominar por ella cuarenta años, es difícil creer, que en sus relaciones tan desdorosas con una sirvienta, se condujera con la procacidad y desvergüenza que se le atribuyen. Que se presentara públicamente en casa de ella, de día y de noche, almorzando, comiendo y durmiendo allí diariamente; pues las personas educadas, aún cuando no se hallan exentas de debilidades y aún de miserias, difícilmente atropellan todos los respetos sociales; y procuran salvar al menos, la decencia y el decoro.

5º No se ha tratado de justificar directamente las relaciones del demandado con la madre de Rosa, por la época en que aquella se hizo embarazada de ésta; sino que se las deduce del hecho de haberle comprado en ese tiempo una casita, á la cual se trasladó Petrona, al salir de casa de la familia de Lopez Seco, á desembarazar, dando á luz efectivamente á la mencionada Rosa; y donde se supone también que aquél se mantuvo muchos años en concubinato con ella, reconociendo á ésta por hija, sosteniéndola y costeándola su educación.

Pero ese hecho principal, el regalo de una casa, no se justifica, sino con referencia al dicho de la misma Petrona, (ley 28, tit. 16, pág. 3º) que de ningún modo podría aceptarse como prueba suficiente; porque si una mujer de su clase llegando á tener un desliz, se hace madre y pierde su





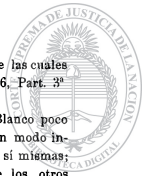
crédito, le asiste interés en atribuir el hijo á algún hombre de posición para darle con esto cierta importancia; y si fuese sirvienta, de preferencia lo imputará al patrón, pues esto excusaría hasta cierto punto su debilidad, desde que habría cedido á una influencia poderosa para ella y casi irresistible.

6º Además de que el concubinato del demandado con la madre de la demandante, mantenido aún con posterioridad al nacimiento de ésta, durante muchos años en los términos que se refieren, se presenta muy inverosímil, se hace notar también, que en cuanto al reconocimiento, sostén y educación de Rosa, solo se habla en general; sin aducirse detalles, ni citarse hechos concretos, que justifiquen en manera alguna, la pretendida posesión de estado: á nadie fué presentada como hija, jamás ha recibido una pensión; en fin, nada se ha hecho por educarla. (Nota del Dr. Velez al artículo 325).

7º Dícese que Rosa se casó con el consentimiento de don José: y bien, ¿es posible que con tal motivo, no hiciese éste alguna demostración, ni le mandase el mas leve obsequio? Un hombre bueno, rico y generoso, cual parece haber sido el señor Lopez Seco, ¿se conduciría de esa manera con su hija, único fruto de la pasión mas ardorosa y extraordinaria? Una persona religiosa y delicada de conciencia ¿desheredaría injustamente á su hija? ¿Se atrevería á negar su paternidad, invocando el santo nombre de Dios, al cometer una falsedad, momentos antes de comparecer en su Tribunal?

---

Toda la prueba que obra en esta causa, es puramente testimonial; y como en esta clase de prueba, es principio establecido el que más bien se han de pesar que contar los testimonios, debe tenerse presente, que aunque los testigos aducidos son cinco, Juana y Teresa Parreño, aquella costurera y ésta planchadora, el moreno Pedro Gonzalez, changador, Manuela Blanco, tullida é imposibilitada de trabajar, y Socorro B. de las Heras, lavandera, todos ellos resultan per-



sonas oscuras, desconocidas y pobres, ninguna de las cuales sabe siquiera firmar su nombre. (Ley 22, tít. 16, Part. 3<sup>a</sup> Ley 21, pár. 3<sup>o</sup> D. de testibus).

Gonzalez confiesa haber sido cohechado. Las Blanco poco ó nada saben; y en fin, las Parreño declaran de un modo inverosímil, sin estar perfectamente acordes entre sí mismas; y mucho menos sus declaraciones las con de los otros testigos y con la exposición de la parte que las ha presentado, como vamos á verlo, examinando en particular el mérito de las exposiciones de los expresados testigos.

Juana Parreño, de 58 años de edad, declara á fs. 91 del primer expediente, que habitando frente á la casa de Petrona, veía á todas horas del día y de la noche en esta casa á D. José Lopez Seco; que varias veces á invitación de aquella, fué la declarante á cenar con ella y con Lopez Seco, por lo que creia que vivían en concubinato.

Que cuando conoció á Rosa, ésta tendría un año, y cree que era hija de D. José, porque la ha visto tratar como padre, suministrándole lo necesario para la vida y para la educación; que esto lo presencié hasta que la declarante se mudó de la casa calle de Chile; lo cual sucedió cuando Rosa tenia como ocho años (1843).

Es muy difícil admitir en Lopez Seco, á quien se le describe por personas respetables, como hombre pundonoroso, la procacidad que esta testigo le atribuye; y muy inverosímil también el que un sujeto de su clase, consintiese en que Petrona invitase á cenar con ellos, gentes de la condición de la Parreño. (Cód. de Procedimientos, art. 204—Ley 3, párrafo 2<sup>o</sup>, D. de testibus).

No puede ser que la testigo presenciase como vecina lo que refiere, hasta que Rosa tuvo ocho años; pues, por confesión de la misma Rosa, á fs. 100, ésta fué llevada de cinco años á casa de la madre de Lopez Seco.

Mal podía ver tampoco, que D. José suministrase lo necesario para la educación y subsistencia de Rosa, porque hasta la edad de cinco años, ninguna educación debe haber reci-



bido, ni su subsistencia ocasionaría gastos; bastando en todo caso, lo que se le diera á la madre como concubina.

Teresa Parreño, hermana de la anterior con la cual viven juntas, declara á f. 92: que cuando Rosa tendría dos años mas ó menos, su madre Petrona Paz fué á habitar una casa en la calle Chile, frente á la de la declarante; con cuyo motivo veía á D. José Lopez Seco ir á esa casa con mucha frecuencia, quedándose á dormir allí muchas veces; y que su hermana, á invitación de Petrona, ha ido á cenar con ella y con D. José. Que cree que Rosa es hija de éste, por cuanto ella le daba el tratamiento de tata; y él hacía con aquella, las distinciones que se hacen con una hija. Que hasta que falleció Petrona Paz, es decir, por 1870, había visto siempre á D. José Lopez Seco en casa de ésta; y que ha tratado á Rosa como á su hija.

Desde luego se hace reparable en esta declaración, el que teniendo la testigo menos relación con Petrona que su hermana Juana, pues que nunca fué invitada á su mesa, y ni siquiera expresa que la visitara, se encuentra sin embargo, mejor instruida y suministra mas detalles que dicha su hermana, pues ella sabe que Rosa le daba á don José el tratamiento de padre, lo que no dice su hermana Juana: y cuando ésta refiere haber sido invitada algunas veces á cenar, aquella agrega que igualmente lo fué á comer; en fin, afirma que D. José se quedaba á dormir, lo cual parece ignorar dicha su hermana, ó por lo menos no lo declara.

La testigo falta á la verdad evidentemente, cuando afirma que Petrona Paz fué á vivir á la casa calle Chile 277, siendo su hija Rosa de dos años, pues según lo que ésta misma supone, nació en ella, después de haberse mudado allí la madre.

No puede ser el que como vecina de Petrona, haya visto en su casa á D. José hasta que aquella falleció; lo cual parece haber sucedido por el año 70; cuando viviendo juntas



con su citada hermana Juana, ésta declara haberse mudado del barrio, siendo Rosa como de ocho años, es decir, por el año 43, pues aquella según la fe de edad de fs. 139, nació el 3 de Setiembre de 1835.

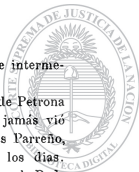
A f. 94, Pedro Gonzalez, después de manifestar que se le habían ofrecido 100 pesos moneda corriente al contado, porque viniese á declarar, y tres mil pesos cuando concluyera el asunto, dice haber conocido á Rosa y á su madre habitando una casa en la calle de Chile, y que aquella frecuentemente le mandaba pedir dinero con el declarante á D. José Lopez Seco, á quien le oyó decir que era hija suya.

Que ha conocido á Rosa y á la madre, desde que fueron, á vivir en la indicada casa; pero nunca vió en ella á D. José Lopez Seco; habiéndose encontrado en campaña, cuando nació Rosa. Que Petrona le dijo que el terreno se lo había comprado D. José para ella; y que creía que también él le había mandado hacer el rancho. Que conoció á Petrona Paz, después que volvió de la campaña del Estado Oriental, esto es, después de 1840. Que sabía que Rosa era hija de D. José por los motivos que ha manifestado.

Gonzalez se contradice en muchas cosas, y desmiente también á las Parreño. Dice haber conocido á Petrona y Rosa desde que se mudaron á la calle Chile; siendo así que según se ha observado, aquella se mudó á esta casa, antes de tener á Rosa, que nació en ella.

Esto sucedió en 1835; y mal podía conocerlas ya entonces, cuando en seguida manifiesta que su relación con Petrona empezó recién después de su regreso de la Campaña del Estado Oriental, es decir, en 1840 (Ley 41. tit. 16, p. 3<sup>a</sup> *in fine*).

Si se supone como sostiene, la demandante, que Lopez Seco se mantuvo en constante relación con la madre, á quien veía con frecuencia, hasta que esta falleció; y puesto que Rosa de soltera, estuvo siempre ó en casa de Lopez Seco, ó al lado de Petrona su madre. á fin de obtener



socorro de D. José, no tenía para que valerse de intermedio, porque debía verlo y tratarlo de continuo.

Al decir Gonzalez que siendo tan de la casa de Petrona y de la plena confianza de Rosa, sin embargo, jamás vió en aquella á Lopez Seco, desmiente en esto á las Parreño, que suponen estaba allí á todas horas y todos los dias.

A fs. 119 vta. del segundo expediente declara Manuela B. de Blanco, que supo por Petrona á quien solía encontrar en el río, que D. José le había comprado una casita, y debía ser así porque ella no tenía de donde sacar. Que no le consta que aquél tuviese relaciones amorosas con ésta, pero que á Rosa la creía hija suya: pues en la casa de la madre de Lopez donde Petrona estuvo de mucama para acomodar las piezas y sin salir á la calle, porque los mandados los hacía un negrito, no había mas hombre que D. José. Que su hija Socorro no sabía si Rosa era hija de D. José.

Se advierte desde luego en esta declaración, que su principal fundamento es el supuesto regalo de la casa, hecho por D. José á Petrona, el cual sin embargo, no constaba á la declarante, y solo lo sabía por la misma Petrona, que no habría podido ser testigo hábil en esta causa (Ley 14, tit. 16, p. 3°).

La declarante al decir que como lavandera, solía encontrarse con Petrona en el río, da á entender que ésta también ejercía el mismo oficio; lo cual contradice la hipótesis sostenida por la demandante, de que hasta su fallecimiento, D. José conservó sus relaciones con ella; pues no podía ser que un hombre generoso y rico permitiese que su querida y la madre de su hija única, ejerciese para vivir una profesión tan penosa.

Es falso que Petrona estuviese colocada, como supone la declarante, en casa de la madre de Lopez Seco, en calidad de mucama, sin salir á la calle; pues la misma Rosa en su escrito de fs. 152, reconoce que servía como cocinera, lo cual debía naturalmente obligarla á ir al mercado todos los días.

Por último, á fs. 118, declara Socorro B. de las Heras, respondiendo á todas las preguntas que se le dirigieron, que ignoraba su contenido; pero que á su madre la precitada Manuela le había oído que Rosa era hija de D. José; siendo que, como acabamos de verlo, aquella no se atreve á afirmar tal hecho, limitándose á manifestar que así lo creía; y cuando la misma Manuela asegura también, que dicha su hija Socorro nada sabía al respecto.

Resulta, pues. Exma. Cámara, del examen que precede, de las declaraciones con que se ha tratado de justificar la filiación de la demandante, que no merecen fe alguna por su inverosimilitud y contradicciones.

Es manifiesto que casi todos los testigos, sobre diversos puntos, han faltado evidentemente á la verdad; y por lo mismo les es aplicable la disposición legal, que en tal caso quita todo valor á esas declaraciones.

Razón ha tenido por tanto el Juez *a quo*, para declarar como lo ha hecho, que no resulta legalmente justificada la filiación reclamada por la demandante; esa resolución es justa; y en consecuencia debe confirmarse.

Buenos Aires, Agosto de 1888.

---



## FILIACIÓN NATURAL

## SUMARIO:

Relación del caso: la demandante se presentó reclamando su filiación natural; y como dedujese la acción después del fallecimiento del padre, ofreció comprobar la posesión de estado.—No habiendo nombrado á la madre, ó si la designó después, no habiendo comprobado su aserto, se objetó la demanda como deficiente, por faltar en ella, uno de los extremos legales en que debía fundarse.—Con este motivo se examina la cuestión de si, debiendo acreditarse que no había impedimento entre los padres para casarse, la acción de filiación natural pueda dirigirse contra uno solo de ellos, sin designarse el otro —¿ A quién corresponde en este caso la prueba, si al demandante sobre la falta de impedimento, ó al demandado acerca de su existencia?—Examen en general de la prueba de la posesión de estado, rendida por la parte actora, sobre la cual se observa que por las circunstancias del caso, los hechos que se alegan como constitutivos de aquella, tienen un caracter indefinido y ambiguo.—Examen detallado de esa prueba, cuya insuficiencia se demuestra.—Prueba producida por la demandada que acredita concluyentemente, que el supuesto padre natural de la demandante, nunca se consideró, ni condujo como tal.—Lo que constituye en realidad la posesión de estado para un hijo natural.—Error que se comete, cuando aplicándose los principios del Código Francés sobre la posesión de estado de los hijos legítimos, se exigen las mismas condiciones en la de hijo natural.—En ésta no es esencial la presentación solemne del hijo natural á la familia, las relaciones y la sociedad, que no toleran nuestras costumbres.—Explicación de la doctrina expuesta por el Dr. Velez, en la nota al art. 325 del Código Civil.—Respuesta al argumento que se hace para exigirse la publicidad en el sentido indicado respecto á la posesión de estado de hijo natural, por analogía de la que requiere la posesión para prescribir.—El estado de familia es imprescriptible: y en las cuestiones de filiación natural, la posesión de estado se exige solamente, como prueba de reconocimiento tácito del padre.—Esa prueba debiendo fundarse en actos propios de éste, y que revistan los caracteres de la evidencia, no podrán suponerse ignorados por él: ni



tacharse la posesión de clandestina.—En el caso *sub-judice*, la insuficiencia de la prueba, acerca de la posesión de estado, proviene de fundarse en hechos dudosos ó ambiguos, y de haber sido además, superada por prueba contraria.



*Erema. Cámara:* — D.<sup>a</sup> Lucía de Llavallol se presentó judicialmente, exponiendo ser hija natural del finado don Ramón Llavallol, el cual, aunque no la hubiese reconocido expresamente por documento, lo había verificado al menos, de un modo tácito pero indudable, llenando para con ella los deberes de padre, y manifestándole el cariño propio de tal, constantemente hasta su muerte; en cuya virtud debía declararse su filiación, y reconocérsele los derechos sucesorios que por consecuencia le corresponderían en la herencia de aquél junto con la señora viuda, D.<sup>a</sup> Laura Piñero de Llavallol.

La demandante no designaba á su madre; y deduciendo su referida demanda de filiación después del fallecimiento de la persona que suponía ser su padre, de conformidad á lo dispuesto en el art. 325 del Código Civil, reconocía el deber de comprobar la posesión de estado para poder usar de la indicada acción; y ofrecía justificarla efectivamente en oportunidad.

Suponía haber sido recogida desde sus primeros días por el señor Llavallol, en cuya casa se había criado á su lado, alimentándola éste y educándola; llevando ella su apellido con su consentimiento; llamándole «tatita», como él la llamaba «hijita»; y agregaba que en tal caracter era reconocida en la familia lo mismo que en las relaciones de ésta, y había sido también presentada á la sociedad, en la cual era reputada hija suya.

La demandada, dicha señora viuda Piñero de Llavallol, desconoció el derecho de que se suponía asistida la demandante, negando que fuese realmente hija natural de su mencionado esposo, y el que éste la reconociera por tal en manera alguna, ni tácita ni expresamente; de suerte que pudiera





al menos considerarse en la posesión del estado que se atribuía.

Negó algunos de los hechos alegados por la demandante D<sup>a</sup> Lucía, para demostrar su posesión de estado de hija natural, rectificando otros ; y explicándolos además en tal sentido, que venía á quitarles toda fuerza probatoria en relación al propósito con que habían sido aducidos.

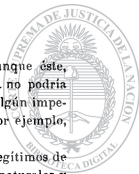
Observó, por fin, que en ningún caso los hechos alegados aunque fuesen ciertos, serian suficiente fundamento de la demanda entablada ; porque la prueba de la filiación natural debe comprender indispensablemente, la demostración de que los padres al tiempo que tuvieron el hijo, se hallaban libres y en aptitud de casarse uno con otro, por carecer de impedimento, al menos que no fuese dispensable.

## I

El argumento opuesto á la demandante, á causa de no haber nombrado á la madre, ó no haber ofrecido demostrar que lo sea, ya que ésta no la tiene reconocida de antemano, ha dado lugar á discusión sobre la necesidad de designar á los dos padres, en las demandas de filiación natural, aunque solo se dirijan contra uno; y como la resolución de esa cuestión en sentido afirmativo, vendría á inutilizar toda la prueba rendida por la actora, parece ser previo al examen de esta última.

Si la ley, se dice, para clasificar á una persona por hija natural, requiere el que sus padres al tiempo de la concepción, pudieran casarse entre sí, aunque fuese con dispensa, para ser declarada tal hija natural de un individuo, no le bastará seguramente, el acreditar que éste en realidad es su padre, sino prueba además, que al tiempo en que fué concebida, aquél podía haberse casado con la madre.

Ahora bien, esto como es manifiesto, no puede saberse, ni hacerse constar, sin que aparezca quienes son los dos padres;



porque si solo fuese conocido uno de ellos, aunque éste, siendo soltero ó viudo, bien pudiese casarse, quizá no podría hacerlo con el otro, por resultar respecto de él algún impedimento dirimente no dispensable, cual sería por ejemplo, el que estuviese ya casado.

Si la ley, distinguiendo primero á los hijos legítimos de los ilegítimos, divide después á estos últimos en naturales y espúreos, y reconoce en aquellos ciertos derechos que niega á los segundos, no puede permitirse á éstos hacerse pasar por naturales respecto de una persona que digan ser su padre, con ocultar el nombre de la madre, como sucedería muchas veces, si fuese lícito reclamar la filiación respecto á uno solo de los padres, callando el nombre del otro, ó no diciendo quien sea.

Todo esto es cierto ; pero no alcanza á demostrar la verdad de la tesis en cuya comprobación se aduce, á saber, que no sea permitido reclamar la filiación natural respecto de uno solo de los padres, sin demandar al mismo tiempo ó sin determinar el otro ; lo cual solo se encuentra prevenido respecto de la filiación legítima, (Código Civil, art. 260) ; podría ser que solo se conociese á uno de aquellos ; ¡barto desgraciado sería con esto el hijo ! ¿por qué la ley le había de quitar el otro ?

Podría ser en efecto, que constando de un modo positivo é indudable quien fuese la madre, se ignorase absolutamente cual fuese el padre ; sin saberlo quizá ella misma, *vulgo quesiti* ¿en qué calidad debía ser tenido el hijo respecto á aquel de los padres que se conoce, á saber, la madre, según los principios del Código, como ¿natural ó por espúreo?

Esto último supondría en el caso una circunstancia excepcional, porque efectivamente lo son los impedimentos dirimientes del matrimonio entre ciertas personas, y todavía más los no dispensables ; pues la regla general es que á cualquiera le es lícito casarse con quien quiera, salvo las excepciones ; mientras que en caso de duda, lo razonable es presumir lo que sucede las más veces.



Aquello supondría también un delito cometido por los padres, á saber : un incesto, un adulterio, ó un sacrilegio ; pero como el delito jamás se presume, ni debe admitirse mientras no se pruebe, resulta que constando la filiación de una persona respecto de otra, y apareciendo ser ilegítima, debe considerarse natural y no espúrea, á menos que, quien sostenga lo contrario, lo demuestre.

Cuando la madre natural, después de haber tenido un hijo de sus relaciones fuera de matrimonio con un hombre, se hubiese casado con otro, ese hijo no perdería ciertamente sus derechos de filiación respecto del padre ; luego al reclamarlos, no debería exigírsele que nombrase á la madre ; desde que respecto de ella, es prohibida expresamente la indagación de la filiación. (Código Civil, art. 326).

La ley no impone al hijo natural, ni por lo dicho, siendo consecuente consigo misma, podría imponerle, para reclamar los derechos de filiación respecto á uno de los padres, la obligación de dirigir su acción simultáneamente contra los dos, como lo dispone en especial según hemos visto, al tratarse de la filiación legítima. (Art. 260).

Por el contrario, resuelve que puede hacerlo respecto de uno solo de ellos ; desde que da valor al reconocimiento que uno solo haga de su paternidad ; y que ésto es así, se deduce claramente de la disposición que prohíbe á cualquiera, al reconocer á un hijo natural, declarar de quien lo hubo, á menos que esa persona lo tuviese ya reconocido también. (Cód. Civil, art. 334).

Ea, pues, constante por las consideraciones expuestas que, en la demanda para el reconocimiento de la filiación natural contra uno solo de los padres, no es esencial designar el otro ; y que si bien es cierto que apareciendo haber existido entre ambos un impedimento dirimente no dispensable, tal demanda caducaría, esa prueba en todo caso sería á cargo del demandado, el cual alegaría un hecho excepcional ; no del demandante que en esta parte negando simplemente, tendría además en su favor, la presunción que en duda,

induce á admitir lo que sucede las más de las veces; y sobre todo, á rechazar la existencia de un delito no justificado.



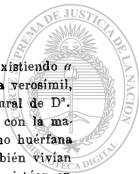
## II

Salvada esta dificultad opuesta á la demandante en el caso que nos ocupa, corresponde ahora, el que entremos en el exámen de los hechos alegados, como constitutivos de la posesión de estado, que se ha tratado de acreditar, por ser en él condición *sine qua non* para el ejercicio de la acción deducida en el tiempo en que la demanda ha sido estableda.

A pesar de que según lo acabamos de establecer, no sea indispensable en el juicio de filiación natural iniciado contra el padre ó sus herederos, el manifestarse quien sea la madre del reclamante, no por eso esta manifestación deja de ser muy conducente y provechosa á la averiguación de la verdad; pues aunque muerto el padre, no sea suficiente la prueba directa de la filiación, ni admisible siquiera, á menos que haya existido posesión de estado, la que por consiguiente se ha de acreditar; es evidente sin embargo, que dicha prueba combinada con ésta, cóadyuva poderosamente al éxito del juicio.

Los actos que suelen aducirse en demostración del cariño paternal y de la posesión de estado, como los cuidados, dádivas y servicios prestados, presentan á veces un caracter ambigüo y poco definido; pudiendo quizá explicarse también por mera benevolencia ó caridad; pero cuando recaen en una persona que bien puede ser hija de quien los dispensa, y que aún es verosímil que lo sea, á causa de las relaciones amorosas que aquél parece haber mantenido con la madre, por la época en que ésta se hizo embarazada, tales actos adquieren entonces evidentemente, una significación mas clara y por tanto, mayor eficacia probatoria.

Lo primero sucede de un modo muy especial, en el caso



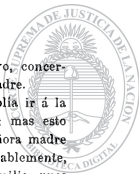
á que se refiere la cuestión actual, pues no existiendo *a priori*, ningún antecedente que indique ó haga verosímil, el que D. Ramón Llavallol fuese el padre natural de D<sup>a</sup>. Lucía, por haber mantenido relaciones carnales con la madre de ésta; si agregamos que fué arrojada como huérfana en casa de la señora madre de aquél, donde también vivían él y muchas otras personas de la familia, se desvirtúan en extremo, los actos que se alegan como demostrativos de la paternidad y de la posesión de estado.

Bien pudieran admitirse quizá por verdaderos todos ellos; sin que resulte todavía demostrada la posesión de estado: ó sin que ésta asuma aún esa fuerza de convicción y ese carácter de evidencia, que en otros casos deja el ánimo tranquilo, respecto á la clase de relaciones que mediaban entre dos personas, á saber, las de padre é hijo; mucho menos si al mismo tiempo se toman en cuenta otros hechos bien comprobados y harto significativos en sentido opuesto.

No puede afirmarse que D. Ramón Llavallol fuese quien se hizo cargo de la huérfana doña Lucía; porque no siendo el dueño de la casa, ni el jefe de la familia, no hay porque atribuirle á él en particular; la medida de admitir á aquella para criarla; más bien que á su señora madre que debía ser quien dispusiera, desde que era también la que hacía cabeza en la casa.

Ahora, si se supone que efectivamente fuese doña Gertrudis Melo de Llavallol, la que se hizo cargo de la niña Lucía, hoy demandante, todo lo demás que se arguye en demostración del cariño y de la paternidad de D. Ramón Llavallol, se explica entonces de un modo sencillo y natural, sin necesidad de admitir que lo ligasen á la huérfana vínculos de parentesco ó de sangre.

Se dice por ejemplo, que la niña se criaba á su lado; pero lo mismo se podría decir respecto á la madre y á las hermanas de aquél, junto con las cuales vivía. Se agrega que la alimentaba y educaba; más no se acredita sin em-



bargo, un solo acto peculiar y exclusivamente suyo, concerniente á estos cuidados tan importantes para un padre.

Alguno de los testigos refiere que D<sup>a</sup> Lucía solía ir á la escuela junto con una de las niñas Llavallol; mas esto podría haber sido también disposición de la señora madre de D. Ramón; y lo mismo habría sucedido probablemente, aunque aquella en realidad no fuese de la familia; pues ya que se habían hecho cargo de criarla, no la habían de dejar por cierto sin escuela.

También se observa que D. Ramón solía darle á doña Lucía dinero para que se vistiese; aparece empero igualmente que doña Pilar Llavallol le puso una pensión; y es probable que la Sra. madre y demás de la familia le hiciesen asimismo algunas dádivas; lo cual aún habría sido mas propio en D. Ramón, ya sea de soltero sin obligaciones ó ya de casado sin hijos.

Lo del apellido que ha llevado doña Lucía, lo explica bien la demandada, haciendo notar ser uso y costumbre entre nosotros, el que los huérfanos y aún los sirvientes, careciendo de otro, adopten el apellido de la familia en que se crían: sin que en el caso *sub-judice*, aparezca que D. Ramón hubiese autorizado especialmente á la demandante para llevar el suyo.

El título de «tatita» y de «hijita» que se supone usaban entre sí D. Ramón y D<sup>a</sup>. Lucía, es negado unánimemente por todos los miembros de la familia; los cuales declaran que la demandante llamaba á su pretendido padre: «D. Ramón».

El mismo tratamiento de hijo, se usa á veces por cariño en un sentido impropio; y así tenemos nosotros, los llamados hijos de crianza, á quienes sin ser realmente hijos, suele dárseles este título por benevolencia ó por lástima; dispensándoseles muchos miramientos, y teniéndose con ellos muchas deferencias, sobre todo, si se manifiestan amables y agradecidos.

### III

Si observamos en detalle las declaraciones de los testigos presentados por la demandante, notaremos que entre ellos solo hay una, D<sup>a</sup> Eugenia Barbié de Martínez, que afirma haberle oído á D. Ramón confesarse padre natural de doña Lucía ; y lo más raro es, que no teniendo mayor relación con ella ni con su padre; y siendo quizá la primera y única vez que entró á casa de éste, le preguntase como refiere, que le parecía de su hija.

La principal testigo, D<sup>a</sup> Agustina Rosas de Mansilla, pues su hijo D. Carlos, al decir en su declaración, haber oído en la familia lo que afirma, se refería sin duda á lo que sabía por ella misma, expresa: que D. Ramón nunca le manifestó de un modo categórico, que fuese el padre natural de doña Lucía; pero que se lo dió á entender de un modo que no le dejó duda alguna.

Pero en esto hay una cuestión de apreciación difícil de resolverse ; porque desde luego se ocurre que era muy posible una mala inteligencia, especialmente por parte de una mujer, en atención á que éstas por lo regular están dotadas de mucha imaginación y de concepciones tan rápidas, que pretenden á veces adivinar las cosas.

Al recomendarle D<sup>a</sup> Pilar á D<sup>a</sup> Lucía en la carta que ha presentado, y cuya autenticidad no está acreditada, no le dice como se ha supuesto, « ya sabe usted de quien es », lo que habría sido más significativo, sino, « ya sabe usted quien es »; lo cual es muy diverso y de un sentido mucho más vago é indeterminado.

A ser exacto que D<sup>a</sup> Josefa Monasterio de Llavallol hablando de D<sup>a</sup> Lucía, le dijese: « hágase la de las nuevas, y que no sabe que es hija de Ramón, cuando siendo usted tan amiga de su padre, él se lo debe haber dicho », habría tenido quizá por objeto averiguar, sacando, como suele decirse vul-





garmente, de mentira á verdad, si en el seno de la confianza D. Ramón se reconocía por padre de aquella.

El teniente coronel D. Eusebio Laprida, dice que habiendo oído á todos en la casa que D<sup>a</sup> Lucía era hija de don Ramón, él se lo preguntó á D. Felipe; y que éste se lo ratificó; pero ¿quiénes eran todos los que en la casa, decían lo que supone el testigo, cuando habiendo declarado tantas personas de la familia Llavallol, manifiestan unánimemente ignorar tal cosa? ¡ Los sirvientes! ¡ Los dependientes! ¡ El vulgo, en fin!

Si el teniente coronel Laprida hubiese oído á todos en la casa, que D<sup>a</sup> Lucía era hija de D. Ramón; y hubiese visto también, que éste profesándole el cariño de padre, le daba con el título, el tratamiento correspondiente á una hija, según se supone haber sucedido ¿Qué duda podía quedarle al respecto? ¿Qué es lo que necesitaba preguntar?

Si D. Jaime Llavallol, satisfaciendo su curiosidad hubiese tenido la deferencia de manifestarle que D<sup>a</sup> Lucía era hija natural de D. Ramón, es verosímil que le habría indicado también quien era la madre, y referidole algo de lo concerniente á la historia de aquella; en cuyo caso él se hubiese encontrado en aptitud de suministrar mejores datos.

Las demás declaraciones tienen en realidad muy escasa importancia, pues sin apoyarse en fundamentos graves ni indicar un origen seguro, se refieren á habladurías de sirvientes, ó murmuraciones de los dependientes; entre quienes suele haber espíritu de maledicencia respecto de los patrones, y poco ó nada necesitan para admitir contra ellos cualquier versión perjudicial; entretanto, según se acaba de observar, en tales conversaciones, jamás parece haberse indicado el origen ó fundamento de la idea de que D. Ramón fuese el padre de D<sup>a</sup> Lucía.

Otro tanto puede decirse de las personas de fuera de la casa, que la hayan considerado como de la familia; pues no resulta que hubieran tenido otra razón alguna para suponerlo, que el haber sido admitida en aquella; el haberla





visto criarse en la casa; y sin duda, en fin, el observarla bien tratada por las personas que se habían hecho cargo de ella.

Hay también en el vulgo un espíritu malicioso, que lo induce á suponer la paternidad de un huérfano, que es arrojado en una casa, en alguna de las personas de la familia que la habita; como si esta consideración fuese la que hubiera determinado la elección de aquella casa; ó como si el hecho hubiese sido preparado por el mismo padre natural, para cohonestar después con esto, los cuidados que se tome por el hijo, paliando el motivo y encubriendo el verdadero fundamento.

Es indudable que á veces habrá sucedido así; mas apesar de ésto no debe aceptarse que lo que en otras muchas, no será en realidad sino un acto de beneficencia ó de la más abnegada caridad, produzca consecuencias tan injustas como dañosas á quien lo practica, sin detenerse en la consideración de la manera en que pueda ser apreciada su conducta por las gentes que juzgan con ligereza.

No es posible erigir el hecho indicado en presunción legal, atribuyéndole efectos de la mayor trascendencia y resultados los más perjudiciales; pues además de arredrar de una buena acción, importaría aceptar temerariamente por regla de criterio práctico la de, «piensa mal y no errarás,» máxima tan infundada y falsa, como inequitativa é injusta. (Balmes, El Criterio, cap. 8º, § 2º, pág. 42).

#### IV

Pero la demandada ha producido también prueba por su parte; y ella no solamente desvirtúa en gran manera la ya de suyo bastante escasa, rendida por la demandante, sino que además comprende tres hechos bien establecidos y cuya fuerza de demostración en el sentido de que D. Ramón nunca ha considerado á D' Lucía como su hija, es innega-



ble; pues que supera á cualquiera inducción que se pretenda sacar de otros hechos dudosos ó de una significación no bien definida.

Se ha probado satisfactoriamente, que D. Ramón era católico; y no solo de nombre, sino de creencias fervientes, que practicaba con exactitud.

Bien pues, estando absolutamente prohibido por el ritual de la Iglesia, al padre, servir de padrino al hijo en el sacramento del bautismo; aquel aparece sin embargo siendo padrino junto con su señora madre, D<sup>a</sup>. Gertrudis, en el bautismo de D<sup>a</sup>. Lucía, conducta que habría sido muy irregular y estraña, si efectivamente se hubiera creído su padr<sup>o</sup>.

Los hombres no siempre somos lógicos en nuestros actos y consecuentes en nuestra conducta, con los principios que profesamos ó con las creencias religiosas que hemos abrazado; pero cuando estas son sinceras, aquello no sucede sino por pura debilidad, ni puede explicarse de otro modo; más ¿qué provecho podría inducir, ó que pasión podría arrastrar en ese caso, á D. Ramón, á faltar gravemente á sus deberes?

Siendo ya joven D<sup>a</sup>. Lucía, un individuo trató de casarse con ella, considerándola sin duda de la familia Llavallol, en la cual se había criado; pero queriendo informarse mejor al respecto, habló con D. Ramón; y como supiese por él, que aquella no tenía padres conocidos, desistió del proyectado enlace.

Si D. Ramón, según se supone en la demanda para comprobar la posesión de estado, se reconocía en todas partes padre natural de D<sup>a</sup> Lucía, presentándola en ese caracter, á la familia y á la sociedad ¿cómo podía ser que lo negase solamente cuando ménos convenía, porque esa negativa podría quizá destruir la felicidad de su hija?

Don Ramón no tuvo sucesión legítima ni tampoco según parece, otros hijos naturales; por lo que, todo su cariño paternal debía hallarse reconcentrado en D<sup>a</sup>. Lucía, á quien si la



creía su hija, á ménos de ser un mónstruo, lo que nadie ha dicho, debía amarla entrañablemente y con la mayor ternura.

¿Cómo pués, por no decir una palabra en el incidente referido, habría comprometido la suerte de su hija única? Si no le convenía á pesar de todo, reconocerse expresa y públicamente por padre natural, al ménos en secreto y con las reservas que estimára del caso, se lo habría declarado al pretendiente de su hija; ó por lo ménos, le habría hecho ofrecimientos y promesas que lo halagasen.

Eso era ciertamente lo natural y lo verosímil: negarlo sería desconocer la índole del corazón humano y la intensidad del amor paternal. La conducta, pues, del señor Llavallol, en la suposición de que se considerase padre de doña Lucía, con el novio de ésta, su hija única, sería inesplicable, y aquello de consiguiente no puede admitirse, sin que antes se demuestre, que se trata de un fenómeno de dureza y de insensibilidad.

Podría ser, lo reconoce ingénuamente el Fiscal, que el amor de aquel á su esposa lo hubiese avasallado hasta el punto de adormecer en él el cariño de su hija; pero todas las pasiones son fugaces, la vida es breve, y al fin llega el último momento que según las creencias católicas que profesaba D. Ramón, decide de una eternidad de dicha inalterable y completa ó de tormentos espantosos.

Este se dispone pues á morir como cristiano, es decir, purificando antes su conciencia, y procurando borrar sus culpas; tratando de darse cuenta de las responsabilidades morales que pesen contra él; de reparar el mal causado injustamente; y de obtener en fin la absolución, que solo se concede al que, arrepentido de su mala conducta, propone y promete la reparación.

En ese momento solemne, crítico y decisivo, el señor Llavallol, llama al sacerdote, se confiesa; y sin embargo, deja subsistente un testamento en el cual declaraba: no tener más heredera forzosa, que su esposa D<sup>a</sup>. Laura Piñero



de Llavallo, olvidando enteramente á su pretendida hija doña Lucía.

O el señor Llavallo no era pues verdadero católico sincero, práctico y fervoroso, como todos los testigos lo afirman uniformemente; y como lo indica también el uso que hacía de los sacramentos; ó en su conciencia, no se creía padre natural de la mencionada D<sup>a</sup> Lucía.

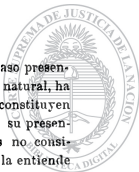
Esta reflexión es de tanta eficacia para el Fiscal como la que sugiere la conducta de Rissi, general de los jesuitas, quien estando para morir, al tiempo de recibir los sacramentos, tomó en sus manos la hostia consagrada, y juró por ella antes de comulgar, que la compañía era inocente de los cargos que se le imputaban.

Se ha tratado en vano de desvirtuar la fuerza de este argumento, observándose que el señor Llavallo falleció en 1872, cuando apenas había transcurrido un año desde la vigencia del nuevo Cód. Civil, por virtud del cual vinieron á ser los hijos naturales herederos forzosos del padre, cuando antes no lo habían sido; y que de consiguiente, es muy posible que aquel ignorase sus disposiciones, y por esto no mencionase á D<sup>a</sup>. Lucía como heredera, aunque realmente fuese hija natural.

Pero del tenor mismo del testamento, se deduce con claridad la inexactitud de la indicada suposición, á saber, de que no hubiese conocido las disposiciones del nuevo Código cuando lo otorgó; porque demuestra precisamente lo contrario, la calificación que en aquel hace en términos expresos á su esposa, de heredera forzosa; pues aunque era así efectivamente, ésto procedía solo por el nuevo Código, y no por la antigua Legislación, en que la mujer no era heredera forzosa del marido.

## V

Exprofeso el exponente al tratar de la posesión de estado,



condición indispensable, para que proceda en el caso presente, la acción del reconocimiento de la filiación natural, ha prescindido de la publicidad en los actos que constituyen aquella, como el tratamiento dispensado al hijo y su presentación solemne á la sociedad y á la familia; pues no considera esencial aquella calidad, ó por lo menos no la entiende en el sentido en que se toma generalmente.

En su concepto, se comete un grandísimo error, aunque bastante acreditado, cuando se pretende aplicar á la filiación natural, la definición que el Código Francés da de la posesión de estado, considerándola respecto á los hijos legítimos, que por medio de ella intenten demostrar su calidad de tales, para reclamar los derechos que les correspondan. (Cód. Nap., art. 312).

Solo con respecto á los hijos legítimos, que son el orgullo y la gloria de sus padres, es justo exigir que éstos públicamente los hayan reconocido y tratado como suyos, para que pueda considerarse comprobada la posesión de estado: pues fuera muy extraño ciertamente que, siéndolo en realidad, no los llevaran consigo de continuo, ni los hubiesen presentado á la familia y á los amigos, de cuyas afecciones deben participar; á la sociedad, en fin, que un día debía reconocerlos por sus sucesores.

Pero tratándose de hijos ilegítimos que han venido al mundo en contravención á las leyes sociales y á los principios de la moral, lo que necesariamente debe causar rubor á los autores de sus días, á menos que sean no solo despreocupados sino también descarados, sería por cierto un desacuerdo y un desatino exigir á aquellos, como requisito de su posesión de estado, dicha presentación solemne á la sociedad y á la familia, que no toleran nuestras costumbres.

Laurent, citado al respecto, con oportunidad por la demandante, se expresa así sobre ese punto: « El hijo natural no tiene familia; tiene un padre, una madre, pero que ningún lazo legal los une: lo más á menudo no viven en común;



y cuando hacen vida común, es un escándalo más, puesto que importa publicar la inmoralidad ».

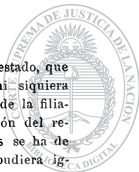
«Sin embargo, es preciso que el disfavor, que hiere á los hijos naturales, no sea llevado hasta la injusticia. Los que les dan la vida, contraen obligaciones á su respecto: los hijos tienen derecho contra sus padres, y la ley debe asegurar su ejercicio.» (Tomo 3°, pág. 434, núm. 362).

Para un hijo natural su posesión de estado en calidad de tal, consistirá en que si bien el padre no haya reconocido por documento su paternidad, tampoco la negase; confesándola quizá privadamente; y conduciéndose en todas ocasiones con aquél como tal padre, según suelen hacerlo los demás en igual caso, con proveer á sus necesidades y procurar su felicidad; lo cual pueda demostrarse por una serie de hechos bien caracterizados que excluyan toda duda.

Como lo indica el mismo nombre, tener posesión de estado, en calidad de hijo natural, es haber estado disfrutando todos los derechos que en ese caracter le correspondían con relación al padre; el que á su vez llenase para con él sus deberes consistentes principalmente en los cuidados, alimentos y educación; de lo cual puede venirse sin ningún género de duda, en conocimiento de la paternidad.

Pero, como ninguna ley impone al padre natural la obligación de hacer gala de sus debilidades, presentando al hijo ante la sociedad y sus relaciones; y mucho menos ante la familia, en la cual no adquiere derechos algunos aún después de reconocido, ó más propiamente, se entiende que no la tiene, tampoco estas cosas entran necesariamente en la posesión de estado de hijo natural. (Cód. Civil, art. 365.)

Se observa en sentido opuesto, que la posesión de estado, á ejemplo de la que se tenga en las cosas para prescribir, debe ser pública, y hallarse exenta del vicio de clandestinidad, esto último es exacto; porque de otro modo, la persona contra quien se prescribe podría haber ignorado la posesión, y no serle imputable por tanto, desidia ni abandono en el ejercicio de sus derechos.



No es aplicable sin embargo á la posesión de estado, que no importa elemento de prescripción, porque ni siquiera pueden adquirirse de esa manera los derechos de la filiación; y solo se considera como una demostración del reconocimiento tácito del padre; con cuyos actos se ha de justificar precisamente; sin que por tanto pudiera ignorarlos jamás, ni serle aquella desconocida. (Laurent, «Principios del Derecho Civil», tomo 4º, núm. 24.—Nota del Dr. Velez al art. 2479).

No se opone á esta doctrina, el que el autor mismo del Código, en la nota al art. 325, describiendo la posesión de estado que podría alegar á la vez un hijo natural, supone que el padre haya tenido en su casa y mantenido públicamente á la concubina, reconociendo su paternidad ante cien personas; y por fin que haya presentado al hijo á la familia y á la sociedad; pues como se comprende, siendo rarísimo este caso, no se trataba de definir por él en general dicha posesión, sino que solo se la describía en una hipótesis posible.

Lo que con esto se proponía el Dr. Velez era impugnar el sistema del Código Francés, que prohibiendo absolutamente la indagación de la paternidad natural, so pretexto de evitar los escándalos y de la imposibilidad de demostrarla, no admite otra prueba de ella que el reconocimiento en documento auténtico, cuando la posesión de estado, al menos en ciertos casos, como el que en dicha nota se presenta, no tiene por cierto, menor eficacia probatoria, que la de un documento. (Demolombe, comentario al Código Napoleon, tomo 5º, págs. 485 y 496 á 98).

Para hacer esa demostración, buscaba pues y aducía como era conveniente, el caso más favorable, aunque excepcional y raro; pues al que argumenta por medio de una hipótesis para que ésta se le permita, le basta el que no sea imposible ó absurda; pero sin que de ese ejemplo, contra la mente del autor, se pueda deducir fundadamente la definición en general, de la posesión de estado, en un hijo natural; mediante

la cual definición ó descripción, la prueba de ésta se dificultaría en extremo, y se haría inacsequible.

Mas por lo que concierne á esa prueba en el caso *sub-judice*, no es solamente la falta de presentación de D<sup>a</sup> Lucía, á la familia y á la sociedad por D. Ramón Llavallo, ó de publicidad en los actos que se alegan, lo que se hecha de menos; sino que se observa más bien el carácter ambiguo ó indefinido de éstos y su propia deficiencia; la cual aumenta todavía, si se considera que en gran parte han sido rectificad<sup>os</sup> y desvirtuados por prueba contraria, que contiene hechos muy significativos en sentido opuesto.

El Fiscal pues, teniendo presentes las consideraciones expuestas, encuentra arreglada y justa la sentencia definitiva de que se apela; por la cual declarándose no haber justificado de un modo legal, su acción de filiación, la demandante, que decía haber tenido por padre al finado D. Ramón Llavallo, se absuelve en consecuencia, de la demanda, á la señora viuda y heredera, D<sup>a</sup> Laura Piñero de Llavallo.

Buenos Aires, Diciembre 7 de 1887.

---





## FILIACIÓN LEGÍTIMA

## SUMARIO:

Relación del caso: la demandante se presentó acompañando los documentos necesarios, y pidiendo ser declarada hija legítima. Entre esos documentos figura la partida de casamiento de sus padres, respecto de la cual se nota que no se sentó inmediatamente después de celebrado este, sino mucho después por resolución de la Curia—El demandado negó haber sido casado con la madre de la demandante, y en cuanto á la partida de casamiento observa haberse insertado en los libros parroquiales, á mérito de una sumaria producida sin su conocimiento—El Juez *a quo* considerando auténticos los documentos producidos, los cuales tienen la presunción en su favor, ha fallado reconociendo la filiación legítima—Para que las partidas sacadas de los libros parroquiales hagan fe en juicio, se han de presentar en buena forma; lo que no sucede con la de casamiento—Si hubiese habido omisión en aquellas, se suple por información sumaria. — Corresponde á la Curia el recibirla, pero cuando se aduce en los Tribunales á los efectos civiles, los Jueces deben determinar su valor examinando la forma extrínseca é intrínseca—La partida de que se trata, habiendo sido sentada en virtud de una sumaria producida sin citación de parte, carece de todo valor—No menos por derecho canónico que por el civil, la citación y audiencia del interesado son esenciales en el procedimiento; y su omisión produce nulidad insanable—Esta doctrina es general: no se concreta á determinados juicios, sino que los comprende todos, ordinarios y sumarios—Casos análogos que se mencionan en el derecho civil y que pueden ilustrar la resolución en el presente—Habiéndose otorgado el documento en cuestión en mérito de una sentencia, el reconocerlo sería dar cumplimiento á ésta—Las sentencias dictadas fuera del país no pueden ejecutarse contra personas vecindadas en él, si se hubiesen pronunciado en rebeldía. —Mucho menos podrían llevarse á ejecución si como sucede esta vez, se hubiesen dado sin citación, ni audiencia de partes: pues ni el nombre de sentencias merecerían—Debe tenerse por nulo el documento de que se trata, y en consecuencia revocarse la resolución apelada, que considerándolo válido, lo toma por base.





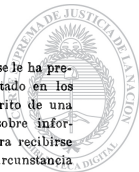
*Excmo. Cámara:* — D<sup>a</sup> Bernardina Adelina Mazariegos entabló demanda contra D. Bernardino Mazariegos para que la reconociese por hija legítima, habida en su esposa la finada D<sup>a</sup> Narcisa Villagran; pues á pesar de serlo realmente, desde muchos años, aquél había hecho un total abandono de los deberes que como á padre le correspondían; y no se cuidaba de ella para nada.

Como justificativos de la demanda presentó varios documentos: la partida de bautismo, en la cual se expresa ser hija legítima de D. Bernardino Mazariegos y de la enunciada D<sup>a</sup> Narcisa Villagran; habiendo nacido en Montevideo, el 4 de Enero de 1839; como también la de defunción de su señora madre, sacada de los libros del Registro Civil, que lleva la fecha de 14 de Febrero de 1881, en la cual aparece no solo el que la finada había sido casada con Mazariegos, sino además el que dejaba una hija que sin duda era la indicada D<sup>a</sup> Bernardina.

Por último, ésta acompañó igualmente á su demanda la partida de casamiento de dicha su señora madre con el demandado, sacada de los libros parroquiales, de la cual partida resulta que aquel casamiento tuvo lugar en Montevideo, parroquia de San Isidro de las Piedras, y que se verificó con fecha 1<sup>a</sup> de Agosto de 1837.

Sobre esta partida hay que notar, que no se sentó en los libros parroquiales inmediatamente de celebrado el matrimonio á que se refiere, sino muchos años después, á saber, en 12 de Marzo de 1860, en conformidad á un auto expedido por la Curia Eclesiástica, que lo ordenó así en 27 de Febrero de este mismo año, á mérito de una sumaria información que en ella se produjo.

El demandado en su contestación, aunque confiesa haber mantenido relaciones amorosas con la madre de D<sup>a</sup> Bernardina, á la cual en consecuencia, reconoce también por hija suya, niega sin embargo, el que lo sea legítima, sosteniendo que nunca fué casado con la mencionada D<sup>a</sup> Narcisa Villagran.



En cuanto á la partida de su casamiento, que se le ha presentado, observa, que apareciendo haberse asentado en los libros parroquiales, según se ha referido, á mérito de una resolución de la Curia Eclesiástica, fundada sobre información producida ante ella, él no fué citado para recibirse ésta, ni ha sido oído antes de dictarse aquella: circunstancia que al absolver posiciones que le fueron propuestas, ha confesado la demandante, manifestando que el Provisor no consideró necesaria tal formalidad.

El Juez de la causa teniendo en consideración que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 263 del Código Civil, la filiación legítima se justifica por la partida del nacimiento del hijo, combinada con la del casamiento de los padres; documentos que el art. 979 en el inciso 10 declara instrumentos públicos, y que de consiguiente hacen plena prueba acerca de los hechos que refieren, y en cuanto á las enunciaciones que contengan. (Arts. 994 y 995).

En fin, que teniendo esos documentos la presunción de derecho en su favor, el demandado nada ha demostrado contra ellos que pudiera invalidarlos, resolvió definitivamente que la demandante es hija legítima de D. Bernardino Mazariegos, habida en su matrimonio con la mencionada D<sup>a</sup> Narcisa Villagran, resolución de que aquel apeló y cuya justicia debemos por tanto examinar.

---

Para que los instrumentos públicos producidos en juicio hagan fe, se requiere ciertamente el que se presenten en debida forma, y no adolezcan de vicio alguno extrínseco ó intrínseco que los haga ineficaces, causando nulidad. Ahora bien, los documentos de que se trata ¿aparecen en estas condiciones, como lo supone el Juez *á quo* en la sentencia recurrida ?

Prescindiendo el Fiscal, por no haberlo alegado el demandado, de que tales documentos ni se han sacado con citación de éste, ni compulsándose después, durante el tér-



minó probatorio con esa formalidad, según era indispensable, para que pudiese dárseles valor en el juicio, la partida de matrimonio, que se ha mencionado, ofrece serias dificultades y sufre graves objeciones en cuanto á su legalidad.

Cuando el derecho acuerda completa fuerza probatoria á los extractos sacados de los libros parroquiales ó de los que se llevan en las oficinas públicas, es fuera de duda, á condición de que aquellos se hagan con los requisitos y formalidades establecidas. ¿Se reúnen esos requisitos en la partida de casamiento que nos ocupa?

Sabe V. E. que la prueba por escrito de los actos del estado civil, nacimientos, matrimonios y defunciones, como otras muchas mejoras en los procedimientos, fué introducida por la iglesia con motivo de la administración de los sacramentos; habiendo más tarde los gobiernos estimado conveniente utilizar los registros que aquella llevaba, para la comprobación de dichos actos con relación á los efectos civiles, y acordádoles por tanto fuerza probatoria en los juicios.

Fué el Concilio de Trento el que regularizó la expresada práctica de consignar por escrito los mencionados actos, ordenando respecto de los casamientos, que el párroco tuviese un libro en que escribiese los nombres de los contrayentes y de los testigos, el día y lugar en que se contrajese el matrimonio, y que él mismo guardase cuidadosamente este libro. (Sec. 24 de la Reforma, cap. 1°).

Sobre la manera de llevarlo, enseña Escriche que debe ser en la forma de un protocolo; suprimiéndose los guarismos y abreviaturas en la redacción de las actas; sin palabras interlineadas, borradas ó enmendadas, que no se salven al fin; y extendiéndose las partidas, una á continuación de la otra, sin dejarse claros ni huecos. (Dic. de Leg. y Jurisp. V «Libros Parroquiales»).

Dedúcese de aquí, Excma. Cámara, que con respecto á una partida de casamiento, el no haberse asentado inmediatamente después de contraído este, en el lugar que á aquella



correspondía según el orden de fechas, es indudablemente un grave defecto de forma, del cual adolece la partida en cuestión, por no haber sido asentada en efecto, según se ha referido, de la manera en que debía hacerse.

Tan grave es este defecto en un Registro público, que con respecto á los libros de protocolo que llevan los escribanos el art. 1005 del Código Civil declara nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha.

---

Pero una cosa es el matrimonio y otra muy diversa la inserción del acto en los registros parroquiales: aquel puede muy bien haber tenido lugar en realidad; habiéndose celebrado de una manera perfectamente legal, sin que aparezca no obstante anotado en los libros, por descuido ó por cualquier otra causa; no pudiendo ciertamente esta omisión perjudicar á la validez del sacramento.

Debía haber pues en casos tales, alguna manera de suplir ese defecto y efectivamente se hallaba admitido en la práctica el que cuando se hubiese omitido asentar en los registros, la partida de cualquier acto de los que en ellos se consignan, esa omisión pudiera subsanarse, produciéndose al intento una sumaria información supletoria de testigos para constatarla.

Podía dudarse en verdad, y realmente se ha dudado á qué autoridad, si á la civil ó á la eclesiástica, correspondiese en el antiguo regimen, recibir la indicada información supletoria del título, que debiera hallarse consignado en los registros, pero que por descuido ú otro motivo cualquiera se hubiese omitido y no apareciese en ellos.

Aunque tal acto hubiese de producir efectos civiles, puesto que era la autoridad eclesiástica, la que se hallaba encargada de llevar los registros que se trataba de corregir, lo más natural y procedente en el caso propuesto, era también que fuese ante ella misma, donde se produjese la indicada



sumaria; en cuya virtud, mandase enmendar los libros parroquiales que tenía á su cargo, y que ella sola inspeccionaba.

Así se resolvió años pasados; pues habiendo representado el Ilmo. Arzobispo Sr. Escalada al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que los Jueces de 1ª instancia recibían informaciones supletorias de las partidas que debían figurar en los registros parroquiales, cuando no se hallaban en éstos, siendo la autoridad eclesiástica la que debía juzgar de la suficiencia de aquellas, correspondía ordenase que tales informaciones solo se produjesen ante la Curia, dicho Tribunal con audiencia de su Fiscal, que encontró fundada la reclamación, proveyó de conformidad, en auto fecha 3 de Octubre de 1868. (Revista de Leg. y Jurisprudencia, tomo 5º, pág. 384).

Esto es precisamente lo que resulta haberse practicado en la Curia Eclesiástica de Montevideo, en el caso que nos ocupa; pues notándose sin duda que no aparecía en los libros parroquiales la partida de matrimonio que se supone celebrado entre Mazariegos y la finada Narcisa Villagran, se admitió una sumaria información; y en su virtud se mandó consignar en los registros la indicada partida.

Con todo, desde que se tacha de insuficiente y nula por defectos sustanciales que se le atribuyen, no obstante que la autoridad eclesiástica fuese competente para recibirla y clasificar su suficiencia, cuando la indicada partida se aduce en juicio en reclamación de derechos civiles, el exponente cree indudable que el juez de la causa puede determinar su valor, descendiendo al examen de los defectos de que adolezca.

Hablando en general, Murillo, de la eficacia de los actos de la autoridad eclesiástica aducidos en los Tribunales civiles, dice: «La sentencia pronunciada por el Juez Eclesiástico, es admitida en el Foro secular, y vice-versa; produciendo excepción de cosa juzgada, pues que se trata ya de un derecho adquirido para la parte, que otro Juez no debe



quitarle. Pero lo actuado ante un juez incompetente ó en un juicio nulo, debiendo considerarse no existente, no haría fe ante juez competente.» (Curso de Derecho Canónico, tomo 1º, pág. 204, núm. 17).

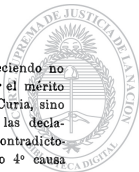
Tratando Carabantes del valor probatorio en los juicios civiles, de las partidas de bautismo, dice: «Así es que la nueva ley de enjuiciamiento civil (art. 280) ha declarado documentos públicos expresa y terminantemente dichas partidas, así como las de matrimonio y demás sacramentales dadas por los párrocos con referencia á los libros parroquiales.»

«Estas partidas pueden, como las demás cartas públicas otorgadas por escribano, ser impugnadas en juicio, por los vicios ó defectos de que adolecen, tanto en el fondo como en la forma, según expresamente se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1º de Setiembre de 1864.» (Nota á Bonnier, «Tratado de las Pruebas», tomo 1º, pág. 239).

Esto mismo puede decirse que quedó establecido en el caso antes mencionado con motivo de la reclamación del señor Arzobispo á que se ha hecho referencia, pues mientras él reconocía que dichas partidas á más de hacer constar la administración del sacramento, produciendo efectos civiles, era natural el que los jueces procurasen suplir su falta, el Fiscal en su dictamen salvaba también la jurisdicción de éstos.

Al asentir á que las expresadas informaciones supletorias se produjeran ante la Curia Eclesiástica, agregaba que quedaba á salvo la jurisdicción del Juez civil para admitir las que se ofreciesen ante ellos en juicio contradictorio; y para juzgar también de la suficiencia ó insuficiencia de los comprobantes que se produzcan en los asuntos de que conocen, en cuanto á los efectos civiles. (Rev. de Leg., lugar citado).

V. E. tuvo á la vista sin duda estos antecedentes, y aún fué más adelante en los autos seguidos por D. Albino Naon



y compartes sobre petición de herencia, estableciendo no solo las atribuciones del Juez civil para examinar el mérito de la información supletoria, producida ante la Curia, sino también el ningún valor á los efectos civiles, de las declaraciones recibidas por ella, pendiente el juicio contradictorio. (Fallos y disposiciones de la Cámara, tomo 4º causa CXLVIII, pág. 35).

Esto sentado veamos la importancia jurídica que deba atribuirse á la partida de que se trata, de matrimonio entre don Bernardino Mazariegos y doña Narcisa Villagrán, inserta en los libros parroquiales, muchos años después de celebrado el pretendido casamiento, por resolución de la Curia Eclesiástica, sin audiencia del interesado y á mérito solamente de una sumaria información para recibirse la cual, tampoco éste fué citado.

El exponente sostiene decididamente que no tiene, ni puede atribuírsele valor alguno. Grave cosa sería, Excm. Cámara, el que cualquiera sin saberlo, ni sospecharlo tal vez, pudiera un día ser declarado casado, introduciéndose clandestinamente en los libros parroquiales, una partida que lo constatare: semejante procedimiento sería á todas luces viciosísimo; y respecto de él tendría ajustada aplicación la regla del Derecho Canónico: *quod latenter introductum est, nulla debet stabilitate subsistere*.

No menos en los juicios eclesiásticos que en los civiles, la citación y audiencia de la parte, afectando el derecho natural de defensa, son la base indispensable del procedimiento: se consideran por ésto formas esenciales; y su omisión produce nulidad absoluta é insanable en la sentencia, que hablando con propiedad, sin ellas ni aún el nombre de tal merecería.

Oigamos sobre este punto al mismo precitado canonista Murillo que se expresa así: «La primera citación por la cual es amonestado el reo, es de derecho natural, pues pertenece á su defensa; siendo también muy conforme al Derecho Divi-





no; porque en verdad, Dios mismo no quiso condenar á Adán antes de citarlo y de haber oído sus escusas». (Curso de derecho Canónico, tomo 1º, pág. 225, núm. 52).

Todas las causas, dice Devoti, han de empezar por la citación, pues si se omitiera, el juicio no tendría fuerza y autoridad alguna porque, el condenar á nadie sin ser oído, y sin que alegue sus defensas, no solo es contrario á las leyes civiles, sino á la razón del derecho natural. Así el defecto de la citación le llaman insubsanable los curiales, por cuanto no es posible revalidar de ningún modo, un juicio en que se eche de menos la citación». (Instituciones Canónicas, pág. 274, núm. 10).

Esta doctrina no se contrae á determinadas clases de juicios, sino que los comprende todos ya sean ordinarios ó sumarios, pues aunque en éstos deban suprimirse ciertas solemnidades, no pueden omitirse igualmente, las formas sustanciales, y si es verdad que algunos canonistas han sostenido : que versando el juicio sobre hechos notorios, no había necesidad de citación, este error ha provenido únicamente de la mala inteligencia que daban al capítulo 24 de *apelal. — 2 de cohav—cler — 15 de purg can*, que simplificaban, pero no suprimían de todo punto dichas formalidades.

Por ésto, dice Gmeiner: «el objeto del procedimiento sumario es la brevedad, porque omitiéndose solemnidades, la duración del juicio tiene que ser menor que la del ordinario; pero como por otra parte, el fin de todo proceso judicial es la indagación de la verdad, el Juez no podría abreviar el pleito al extremo de suprimir las pruebas y las defensas necesarias.» (Instituciones de Derecho Eclesiástico, tomo 2º, pág. 399 § 600).

—

Semejante al procedimiento que se emplea para subsanar cualquier defecto en los registros parroquiales, es sin duda



el que suele usarse en los Tribunales, al objeto de reponer un título estraviado ó perdido; pero aunque este último solo se adopta, cuando no existe ó no puede ser habida la persona de quien emanaba el indicado título, pues en caso contrario, lo más directo y procedente sería exigirle el otorgamiento de otro nuevo, es indudable por lo demás, que deberían ser citados aquellos á quienes hubiese de perjudicar, como los colindantes por ejemplo; porque sin ésto, no tendría contra ellos valor alguno.

Previene también el art. 1011 del C. Civil, que en caso de perderse ó inutilizarse el protocolo de una escritura pública, existiendo la copia original en poder de alguna de las partes, ésta podría pedir al Juez el que esa copia se protocolizase, para subsanarse de esa suerte el expresado defecto y que apareciendo en buena forma, sin motivo para sospecharse de ella, debería ordenarse así *con citación de interesados*.

Si pues, para insertarse en el protocolo una escritura pública de suyo febaciente y que aparece revestida de todas las formas legales, el legislador ha considerado necesaria todavía la citación del interesado ¿cómo podría omitirse este requisito, para insertarse en los registros, una partida como la de matrimonio, no ya en virtud de un instrumento auténtico, sino solamente á mérito de una sumaria información de testigos?

Viéndolo bien, desde que la partida de matrimonial de que se trata, ha sido consignada en los libros parroquiales, en cumplimiento de una resolución expedida por la Curia Eclesiástica de Montevideo, que recayó sobre un juicio sumario ó informativo seguido ante ella, el aceptar por válido el indicado documento, no importaría otra cosa que dar ejecución á una sentencia pronunciada fuera del país.

Ahora bien; prohibiendo el inciso 2° del artículo 559 de la ley de Procedimientos llevarse á ejecución tales sentencias, cuando afectando á personas que se hallaban domiciliadas en la República, cual sucedía con Mazariegos, hubiesen sido pronunciadas en rebeldía, mal podría dárseles cumpli-



miento, si resultase como resulta esta vez, que tales personas ni siquiera hubiesen sido citadas.

Al exigir la ley de Procedimientos civiles por requisito indispensable en el caso propuesto, para que pueda llevarse á ejecución, el que la sentencia, cuyo cumplimiento se solicita contra persona avecindada en el país, no haya sido dada en rebeldía, lo hace manifiestamente recelándose de que no se haya acordado al interesado, plena libertad para defenderse, y de que por esta causa no se haya averiguado completamente la verdad.

¿Qué se ha de decir pues, cuando no solo existen los motivos de recelo que inducían al legislador á negar la ejecución de la sentencia, sino que aparece bien claro y consta de un modo evidente, que toda defensa ha sido imposible á la parte, porque ni siquiera se la ha citado? Mucho menos procederá de seguro entonces, el llevarse á ejecución lo resuelto en juicio seguido en forma tan irregular.



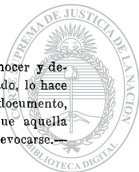
Se sigue de lo expuesto, Excma. Cámara, que si bien el procedimiento que examinamos y que dió por resultado consignarse en los registros parroquiales, la partida de matrimonio que presenta la demandante en este juicio, se haya seguido ante autoridad competente, aduciéndose ese documento ante los tribunales en reclamación de derechos civiles, incumbe á V. E. examinar su forma extrínseca é intrínseca para determinar el valor que haya de atribuírsele.

Se deduce también, verificado ese exámen y analizado el procedimiento de que ha emanado el tal documento, que este es viciosísimo, por cuanto ha sido otorgado en virtud de un juicio seguido sin citación ni audiencia del interesado, contra quien trata de hacerse valer; y que de consiguiente debe ser considerado nulo, destituido de todo valor é incapaz de producir efectos legales.

Ahora bien; como la sentencia apelada, al reconocer y declarar á la demandante hija legítima del demandado, lo hace precisamente aceptando por válido el enunciado documento, que sirve de base á sus considerandos, resulta que aquella resolución es equivocada, y que en justicia debe revocarse.—

Buenos Aires, Noviembre 16 de 1888.

---



# VISTA LXXIX

## FILIACIÓN LEGÍTIMA Y ESPÚREA

### SUMARIO

Relación del caso: de cuatro hermanas por parte de padre y madre, encontrándose la mayor en posesión de una capellanía, es demandada sobre ésta por la tercera, que alega mejor derecho; por cuanto siendo ella legítima, supone que las otras dos mayores son adulterinas.—La demandada opone á esa pretensión, cosa juzgada; por hallarse decidido judicialmente y con intervención de la demandante, que le corresponde el patronato de dicha capellanía.—Observa además, que no habiendo sido desconocida por el primer marido de su madre, durante cuyo matrimonio, se pretende que ha nacido, su hermana que no es heredera de aquél, carecería de acción para suscitar cuestión al respecto.—Que fundándose la acción deducida en la calidad de hija adulterina que se le atribuye; y siendo prohibida toda indagación de esta clase de filiación, el juicio iniciado sería improcedente.—Que siendo personal el derecho al patronato, debe prescribirse por diez años, que se hallarían vencidos, á contarse según corresponde, desde el fallecimiento de su madre, por el cual vacó la capellanía.—En fin, que en ningún caso, el patronato de ésta podría corresponder á la demandante, desde que existe otra hermana mayor que ella, que habiendo nacido después de disuelto el primer matrimonio de la madre común, habría sido legitimada por el segundo. Examen de la prueba producida por la demandante y de las excepciones propuestas por la demandada.—¿Cuándo hacen cosa juzgada las resoluciones judiciales? Doctrina de Bonnier aplicable al caso *sub-judice*, y que resuelve la cuestión.—¿Si el reconocimiento que alguien haga de la legitimidad de un hermano, le impide cuestionarla más tarde? Jurisprudencia francesa: doctrina del Código Argentino.—¿Si el hijo nacido en ausencia del marido, después de diez meses desde que éste se ausentó, goza de la presunción de legitimidad? Resolución del Código Chileno: doctrina del Dr. Segovia.—Acciones concernientes á aquella: desconocimiento de la paternidad, contestación de la legitimidad y cuestión de estado.—¿Cómo se justifica, según Derecho la filiación legítima?—Diversidad de efectos de la clase de prueba que al respecto puede producirse.—Por la Legislación francesa, la posesión de es-





tado en conformidad al título, no puede impugnarse; pero sí, por nuestro Código Civil.—En defecto de documentos y de posesión de estado, el hijo para demostrar su legitimidad, puede valerse de toda clase de pruebas; pero los que la impugnan, gozan la misma libertad.—La prueba de éstos puede dirigirse á justificar que aquél no tuvo por madre á la que indica; y aún establecida la maternidad de la esposa, á acreditar que el hijo no pertenece al marido.—Esta doctrina es aplicable al caso en cuestión, por cuanto la demandada no puede acreditar su filiación legítima ni por los documentos requeridos, ni por la posesión de estado.—¿Si la prohibición de indagarse la filiación adulterina sea absoluta, á favor y en contra del hijo; ya se intente como acción ó como excepción, directa ó indirectamente?—En Francia, hasta el año 39, las opiniones estaban divididas; y se pronunciaron varios fallos por la negativa.—Los autores no están acordes sin embargo, en todos los casos; no alcanzan á salvar las dificultades que se presentan; y algunos de ellos critican la jurisprudencia que ha venido á establecerse.—La razón fundamental que alegan por la afirmativa, es la de que prohibiéndose también el reconocimiento de tales hijos, dicha disposición no procede por disfraz á los mismos, sino consultando la moralidad, con evitar el escándalo.—¿Qué doctrina deba prevalecer al respecto, en la materia, por el Derecho Civil Argentino?—Desde luego, falta en éste, la razón fundamental invocada por los juriscultos franceses, pues nuestro Código permite el reconocimiento de los hijos adulterinos.—Opinión emitida en esta causa por el Juez *a quo*, sobre que por nuestro Derecho, la indicada prohibición no debe considerarse absoluta.—Se comprueba la verdad de esta tesis con la enumeración de todos los casos en que siendo necesaria dicha indagación, se encuentra permitida.—No estando fundada todavía la capellanía, no puede haberse prescripto el derecho de reclamarla.—La demandada no ha podido prescribir el patronato que solo ha poseído dos años; mucho menos, cuando su posesión solo se concede sin perjuicio de tercero.—Lo único que habría podido prescribirse, sería la obligación de fundar la capellanía; pero la demandada habría renunciado á esta prescripción, por el hecho de reclamar el patronato, que supone vigente aquella obligación.—La observación de que la demandante no demuestra cumplidamente su derecho, por cuanto existe otra hermana que puede tenerlo mejor, no es conducente; desde que se haya declarado que este juicio no es de reivindicación, sino de preferencia en el derecho de poseer entre las que litigan.—Fuera de duda, la demandante ha acreditado mejor derecho que la demandada: el de la otra hermana, no habiendo sido deducido, no puede ser tomado en consideración; pero debe quedar á salvo.

*Exma. Cámara:* — D. Pedro Ramirez se presentó por su esposa D<sup>a</sup> Genoveva Maldonado, reclamando de su cuñada D<sup>a</sup> Lucía el patronato de una capellanía lega mandada fundar por el finado presbítero Spinelli, el cual patronato habiendo vacado, según exponía, por fallecimiento de la madre



común doña Catalina Vasconcelos de Maldonado, le había sido reconocido á la expresada doña Lucía, en autos con las señoras de Reca y Alvarez de Diaz en calidad de hija mayor de aquella; y si bien lo era en realidad, lo mismo que otra de las hermanas, doña Teresa, respecto á su indicada esposa doña Genoveva, ni una ni otra, según él, eran legítimas, como lo es ésta, á quien en consecuencia corresponde dicho patronato.

Explicando Ramirez los hechos fundamentales de la demanda, manifiesta que la madre común de su esposa y de la demandada, doña Catalina Vasconcelos, fué casada dos veces: que habiéndose ausentado su primer marido el Mayor D. Roberto Rudiñac, después de varios años, entró en relaciones con D. Juan Maldonado, de quien en vida de aquél tuvo dos hijas doña Lucía y doña Teresa; y casando con él despues de enviudar, tuvo á doña Genoveva y otras hijas; de lo cual se deduce que su esposa es la mayor de las hijas legítimas y también que las primeras no han podido legitimarse por su clase de adulterinas.

## I

La calidad de hija legítima de doña Catalina Vasconcelos, que se atribuye la demandante, como fundamento de su acción, resulta legalmente comprobada, por la posesión de estado en que se encuentra, en conformidad á los documentos que acreditan esa calidad; le ha sido reconocida en el juicio sucesorio, con el asentimiento de sus hermanas; y en fin, se halla al abrigo de toda contestación.

La demandada rechazó desde luego la clasificación que se hacía de su filiación, pero considerando inconveniente descender á la discusión de hechos desdorosos á la memoria de su madre, observó que además de estar declarada judicialmente por sentencia, patrona de la capellanía de que se trata, como hija legítima de doña Catalina, no solo con el consentimiento, más también con la cooperación de la demandante



y sus hermanas, en el pleito que se ha mencionado, ésta carecería de acción para tacharla de ilegítima.

Agregó después su procurador, que debiendo fundarse en todo caso la acción deducida, en la comprobación de la calidad de hija adulterina que se atribuía á su representada, y siendo imposible esa comprobación, por hallarse prohibido indagarse la filiación adulterina, incestuosa ó sacrílega, el derecho deducido sería en todo caso improcedente. Que siendo personal la acción para reclamar el patronato de una capellanía; y debiendo en el caso presente, correr el término de la prescripción desde el fallecimiento de la Sra. D<sup>a</sup> Catalina Vasconcelos, á la fecha de la demanda, se hallaría dicha acción completamente extinguida, en razón de haber transcurrido ya más de diez años.

Por último, que aún cuando á su representada se le supusiera ilegítima, la demandante no conseguiría demostrar con ésto su derecho á la capellanía que reclama por suya, teniendo como tiene otra hermana mayor, á saber doña Teresa, que habiendo sido concebida, ó al menos nacido, después de disuelto el primer matrimonio de la madre; lo cual bastaba según la Legislación entonces vigente, para ser considerada hija natural, habría quedado legitimada por virtud del matrimonio posterior de sus padres; y sería por tanto de mejor derecho que la reclamante.

Recibida la causa á prueba, de la producida durante el término probatorio, á saber, las declaraciones de los generales Frias, Mitre, Espejo, Dr. D. Vicente F. Lopez, y de los documentos presentados, resulta efectivamente que doña Catalina Vasconcelos casó en esta Capital el 23 de Noviembre de 1813, con el Mayor D. Roberto Rudiñac; el cual incorporándose poco después al ejército auxiliar de los Andes, hizo las campañas de Chile y del Perú; habiendo fallecido en Arequipa sin regresar á esta ciudad el 23 de Noviembre de 1825, según la partida de defunción últimamente agregada.

De estos antecedentes se desprende con toda la claridad de la evidencia, que cualquier hijo que en este tiempo hu-





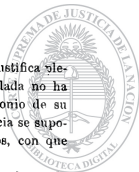
biese tenido la esposa de Rudiñac, después de diez meses desde que éste se ausentó, que es el plazo más largo que pueda durar el embarazo, no le pertenecía seguramente, atendida la imposibilidad física en que se encontraba de unirse con ella. (C. Civil, art. 240).

El Código limita en efecto, el alcance de la prescripción que atribuye al marido la paternidad de los hijos que nazcan de su esposa durante el matrimonio, desde que se prueba que había sido imposible á aquél tener acceso con su mujer, en los ciento veinte días, de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento. (Art. 246).

Cuando á la disolución del matrimonio hubiese precedido imposibilidad física de la cohabitación entre los esposos, el Código Chileno resuelve: que los diez meses durante los cuales, el hijo que dé á luz la mujer, debe atribuirse al marido, y ser tenido en consecuencia por legítimo, se han de contar, no desde el día de la disolución; sino desde que sobreviniera la indicada imposibilidad. (Art. 185, inciso 2°)

En cuanto al caso de ausencia del marido, enseña el Dr. Segovia, comentando el art. 251 del Código Civil, que el hijo que naciese de la esposa, después de diez meses de haberse verificado aquella, ni siquiera estaría amparado por la presunción de legitimidad que favorece á los que nacen durante el matrimonio; de suerte que á quien sostuviese la legitimidad de ese hijo, le incumbiría demostrar la reunión de los esposos; no siendo éste por tanto, un caso de desconocimiento propiamente dicho, sino de contestación de la legitimidad. (Tomo 1º, pág. 67, nota 5ª).

Ahora bien, la demandada nació de la esposa de Rudiñac, muchos años después de haberse ausentado éste, á saber en 7 de Julio de 1824; pero todavía durante su matrimonio, que no se disolvió hasta el 23 de Noviembre de 1825; y por ésto fué bautizada como hija ilegítima de padres no conocidos; no pudiendo tampoco por lo expuesto, proceder del segundo matrimonio de la madre que se verificó recién en 2 de Julio de 1826.



Aparte de que, como acabamos de verlo, se justifica plenamente por documentos fehacientes, la demandada no ha negado tampoco haber nacido durante el matrimonio de su madre con Rudiñac; antes bien, esta circunstancia se supone, y se toma por base en los argumentos mismos, con que trata de demostrar su legitimidad.

Después de recordar el principio jurídico de que el marido debe ser tenido por padre de los hijos, que durante el matrimonio nazcan de su mujer, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, sostiene que en consecuencia de ese principio, ella debe ser considerada legalmente, hija de Rudiñac; pues esta pretensión supone por base haber nacido cuando todavía subsistía el matrimonio de aquél con la madre de la recurrente.

«Tales son, dice el procurador á fs. 16 vta., los fundamentos del principio general establecido en el art. 245 de nuestro Código, según el cual los hijos concebidos por la madre durante el matrimonio, tienen por padre al marido de ella. De conformidad á este principio, mi representada es hija legítima de D. Roberto Rudiñac y doña Catalina Vasconcelos». La demandada pues, parte de la suposición de haber sido concebida durante el matrimonio de su madre con el Mayor Rudiñac.

Este mismo reconocimiento se contiene implícito, pero de un modo inequívoco, en su pretensión al sostener que solo el Mayor Rudiñac ó sus herederos habrían podido, en su caso, reclamar por la irregularidad de su nacimiento: porque la doctrina en que se apoya, carecería de toda aplicación, desde el momento en que se supusiera que no hubiese sido concebida durante el matrimonio de Rudiñac, ó que hubiera nacido después de su muerte, sin términos hábiles para que se presumiera suya.

La recurrente, sin embargo, era hija de D<sup>a</sup>. Catalina Vasconcelos y de D. Juan Maldonado, como lo afirma la demandante; lo cual se deduce con la mayor claridad, de lo que aquella sostiene á fs. 224, á saber, que aunque de su



partida de bautismo aparezca como hija natural, habría quedado legitimada por el matrimonio posterior de su madre; pues ésto nunca pudiera suceder, sin que fuese hija de Maldonado, con quien D<sup>a</sup> Catalina casó en segundas nupcias.

Este en efecto la ha considerado siempre por suya, y tratado como tal, ella ha llevado constantemente su apellido, ha sido reconocida por sus hermanas, y ha figurado entre ellas en la partición; teniendo por consiguiente, posesión de estado; y habiendo sido declarada además en los tribunales hija legítima de aquél y de su expresada esposa.

Pero sobre ésto no hay para que buscar inducciones, ni conjeturas; porque la demandada ha reconocido del modo más positivo y terminante, con la mayor repetición, ser hija de D. Juan Maldonado, y por consiguiente, que no lo es de Rudiñac.

En efecto, á fs. 119, absolviendo posiciones que le fueron propuestas de contrario, al responder á la primer pregunta «jure como es cierto que es hija de Catalina Vasconcelos y Juan Maldonado», contestó que «es cierto». Al responder á la tercera pregunta «jure como no es verdad que sea hija del Mayor D. Roberto Rudiñac, esposo primero de D<sup>a</sup> Catalina Vasconcelos» contestó que «no es hija de Rudiñac, refiriéndose á lo que ha contestado á la primera posición». Y esto mismo repite todavía á fs. 179, al absolver nuevas posiciones que se le presentaron.

## II

Establecidos de una manera incontrovertible, los hechos concernientes á la cuestión, descendamos ahora á analizar por los principios legales consignados en nuestro Código Civil, las doctrinas que en la materia que nos ocupa se han invocado como aplicables á la indicada cuestión; empezando por examinar si sobre ella existe efectivamente caso juzgada, según se ha alegado, por haberse reconocido judi-



cialmente en los autos mencionados, el patronato de la capellanía de que se trata, en favor de la demandada.

Como ese juicio solo fué contradictorio respecto á las Sras. de Reca y Alvarez de Diaz, el Juez *a quo* resuelve desde luego el punto por la negativa, citando á este respecto la autorizada opinión de Bonnier, que de ningún modo acuerda fuerza de cosa juzgada á las resoluciones que se expiden de común consentimiento entre partes que no litigan, sino que se encuentran de acuerdo.

«No podría haber autoridad de cosa juzgada, dice este autor, sino en cuanto hay una sentencia, propiamente tales decir, decisión de Juez en materia contenciosa. Los actos de jurisdicción graciosa no son verdaderas sentencias, sino contratos revestidos de formas judiciales.»

«Así la providencia que autorice definitivamente una adopción no tiene otro efecto, que permitir al oficial civil recibir acta del consentimiento de las partes; dejando intacta á los interesados la facultad de hacer valer todos los medios de hecho y de derecho contra la subsistencia de la adopción. Asimismo una sentencia que homologue una transacción entre los litigantes, tiene sin duda la autoridad de la convención pero no de la cosa juzgada.»

«Y no es una cuestión de palabras, puesto que las convenciones no son susceptibles de ser atacadas del mismo modo y en la misma forma que las sentencias. Igualmente no se podría atribuir la autoridad de cosa juzgada á una sentencia que no se ataca por medio de un recurso, sino por una acción directa, como la que ordena la misión en posesión de los bienes de un ausente.» (Tratado de las pruebas, tom. 2, pag. 402, núm. 862.)

¶ Parecería que esta doctrina, al fijar con exactitud el valor que debe atribuirse con respecto á la demandante, á la sentencia por la cual se declaró en favor de la demandada el derecho de patronato, como hija legítima de D<sup>a</sup> Catalina Vasconcelos y de D. Juan Maldonado, quitando á esa resolu-



ción la autoridad de la cosa juzgada, resuelve toda dificultad; pero en realidad no es así.

Subsiste siempre el reconocimiento judicial que D<sup>a</sup> Genova hizo en favor de la recurrente, como hermana legítima hija de sus propios padres, Maldonado y D<sup>a</sup> Catalina, ya aceptándola en las particiones por coheredera, ya ayudándole á justificar la indicada calidad en el pleito mencionado; lo cual suscita nuevas y graves cuestiones.

Es cierto que absolviendo posiciones al respecto, manifiesta haber sido inducida en error por una partida falsa de nacimiento que se presentó; pero se contradice, porque en seguida agrega: haber procedido así por razones de decoro y por consideraciones de familia: con lo cual deja entender claramente que conocía el verdadero estado que correspondía á dicha su hermana, y que procedió, no por error, sino á sabiendas.

Oigamos sobre el punto á Rogron en el comentario al artículo 339 del Código Francés, donde propone esta cuestión: «Los hermanos y hermanas de un niño que ha gozado en la familia, el estado de hijo legítimo, y al cual ellos han reconocido esta calidad en un acto de particion, ¿estarían autorizados para cuestionar esa calidad, por medio de documentos que la rechacen y para pretender que tal reconocimiento no puede obligarles, porque tenía por objeto el estado de una persona, que no puede reposar sino en la ley?»

«La Corte de Casación ha consagrado la negativa. Atendido en derecho, que no se trata de una transacción sobre el estado cuestionado de un individuo, no pudiendo renunciarse el estado que se tiene de la ley; atendido que la cuestión ha versado sobre saber, si un hijo reputado legítimo en larga y plena posesión de estado de hijo legítimo, reconocido por tal por su hermano y hermana con conocimiento de causa, debía ser mantenido en ese estado á pesar de la posibilidad de una controversia.»

«Atendido que el orden público se halla esencialmente interesado en imponer silencio á los herederos que por un



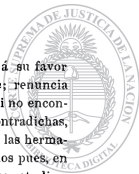
provecho pecuniario quieren contestar una legitimidad reconocida por ellos voluntariamente y con conocimiento de causa; habiendo sido hecho este reconocimiento por respeto á la memoria de los padres ó en favor de la familia ó por un interés puramente personal, no permite atentar á los derechos determinados por las particiones y liquidaciones; y no pudiendo ya la legitimidad ser puesta en duda, sus efectos se extienden al estado civil de la persona, lo mismo que á todos los derechos que son sus atributos y consecuencias: rechaza» tomo 1º, pág. 255.

Por autorizada que pueda ser esta doctrina en el Derecho Francés, no se concilia ciertamente con la declaración contenida en el art. 262 de nuestro Código Civil, de que «el derecho de reclamar la filiación ó de contestar la legitimidad no se extingue ni por prescripción, ni *por renuncia expresa ó tácita*, aunque los derechos pecuniarios ya adquiridos están sujetos á la prescripción».

Así como el hijo legítimo aún que hubiese reconocido no serlo; y ésto de un modo terminante ó categórico, ya fuese gratuitamente ó bien halagado con promesas y recompensas, estaría siempre autorizado por virtud de esta disposición, á volver contra su reconocimiento y reclamar su filiación, así también en diverso sentido, el haberlo reconocido por legítimo sin serlo realmente, no puede embarazar á los que tengan en ello interés, para contestar su legitimidad.

¿Y qué otra cosa importaría de parte de los hermanos legítimos, el consentir á sabiendas, el que un hijo ilegítimo figure entre ellos como coheredero, que renunciar el derecho de cuestionarle su verdadero estado? Pero si este derecho no se extingue por prescripción, ni se pierde por renuncia, expresa ó tácita, es consiguiente el que ese reconocimiento no pudiera serles opuesto á los hijos legítimos, si más tarde tratasen de contestar la legitimidad de su hermano.

Mayor fuerza haría en el ánimo del Fiscal la consideración de que la conducta de la demandante al consentir y cooperar á que la demandada fuese puesta en posesión de la



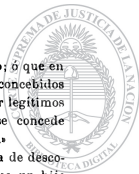
capellanía, importaba también la renuncia tácita á su favor del derecho de patronato, caso de corresponderle; renuncia que ciertamente podía hacer de un modo válido, si no encontrase en los autos indicaciones bien claras y no contradichas, de que á ésto precedieran arreglos privados entre las hermanas, que han venido á quedar sin efecto. Prosigamos pues, en el exámen de las materias de derecho que debemos estudiar; y pasemos ahora á ocuparnos de la falta de acción que se opone á la demandante.

### III

A este respecto se observa: que establecido el matrimonio, como fundamento de la familia y base del órden civil, la ley ha debido suponer pertenecientes al marido los hijos que su esposa diera á luz durante la unión conyugal; presumiendo su legitimidad, desde que nacieran en términos hábiles, para que pudiesen considerarse frutos de aquella, á saber, después de seis meses de contraída y dentro de diez de su disolución; que es el máximo y el mínimo del embarazo.

Pero la paternidad del marido viene á ser al fin una verdad puramente presuntiva; y como las presunciones no siempre concuerdan con la realidad, debiendo ceder á la evidencia en contrario, la que nos ocupa debe cesar desde luego, cuando aparezcan graves motivos clasificados por la ley y capaces de desvanecerla; en cuyo caso es permitido impugnarla: y al efecto se concede la acción de «desconocimiento de la paternidad.»

A su vez, la presunción estriba en la hipótesis de existir un matrimonio legalmente comprobado y públicamente reconocido; ó por lo menos contraído de buena fe; pero como á pesar de haber tenido lugar de hecho la unión de un hombre y una mujer, y de que esa unión hubiese resultado fecunda, podría ser que no existiese matrimonio, ni verdadero



ni putativo; que fuese nulo ó se hubiera anulado; ó que en caso de haber existido, los hijos no hubiesen sido concebidos mientras subsistía, á pesar de lo cual pasasen por legítimos sin serlo en realidad, á quien esto perjudique se concede también acción en «contestación de la legitimidad.»

Marcadé define ambas acciones diciendo que «la de desconocimiento es aquella por la cual se pretende que un hijo concebido, ó al menos nacido durante el matrimonio, no es hijo del marido de la madre, importando simplemente la denegación judicial de la paternidad del marido.»

«La contestación de la legitimidad, según él, es la acción por la cual se pretende que un hijo no es legítimo por una causa cualquiera. Así la contestación de la legitimidad es el género y el desconocimiento la especie.» (Tomo 2º, página 18 y siguientes.)

Tratándose en particular de estas acciones se dice: que la legitimidad de una persona puede provenir de una de estas tres causas exclusivamente: 1ª de no haber existido matrimonio entre sus padres, ni verdadero ni putativo; 2ª de no haber nacido durante el matrimonio si lo hubo, en términos hábiles para que pueda considerarse fruto de esa unión; 3ª en fin, por no ser del marido de la madre.

En los dos primeros casos como se deja notar, solo existe una cuestión de orden público, que ha de resolverse por hechos notorios, ó que pueden al menos averiguarse y constatare plenamente, sin necesidad de penetrar en el secreto de las relaciones conyugales, que solo los esposos pueden conocer con exactitud en toda su integridad; y que tampoco convendría que personas extrañas pudieran sacar á luz.

En tales casos procede pues, la acción en contestación de la legitimidad, que se concede aún en vida del marido, á cualquiera que tenga interés en deducirla; y ésto en todo tiempo; porque no se designa término preciso para entablarla; antes bien se la ha declarado expresamente imprescriptible, en razón de que el estado de familia hallándose fuera





del comercio, no se adquiere ni se pierde por prescripción. (Código Civil, arts. 257 y 262).

Por el contrario, la última de las tres causales de ilegitimidad propuestas, la de no pertenecer al marido el hijo de su mujer, suponiendo la infidelidad de ésta, lo afecta á aquél directamente, y se refiere á las relaciones íntimas que el matrimonio establece entre los esposos: las cuales no pueden motivar un juicio, sino por queja de ellos mismos.

Así pues, como á nadie sino al marido es permitido acusar el adulterio de la mujer, el cual se considera un delito privado; así tampoco podía permitirse á personas extrañas, ni á otro que al mismo marido ó sus representantes, desconocer su paternidad respecto de un hijo habido por su esposa durante el matrimonio; lo cual envolvería desde luego la acusación del adulterio.

Es por ésto que las leyes han reservado exclusivamente al marido, y en su caso á sus herederos, que son sus representantes legales, señalándoles el brevísimo término de dos meses, la acción en desconocimiento de la paternidad, que según se deduce de lo expuesto, se refiere á los hijos que habiendo nacido en términos hábiles durante el matrimonio, se reputan ser del marido y se les presume legítimos. (Código Civil, artículos 254, 256 y 258).

Ahora bien, observa la recurrente, que si se supone haber nacido ella en estas condiciones, es decir, de doña Catalina Vasconcelos, durante su matrimonio con el finado Mayor Roberto Rudíñac, la única acción procedente en el caso, sería la de desconocimiento; y desde que aquél no dedujo semejante reclamación, después de la vigencia del Código actual, solo sus herederos habrían podido iniciarla, en el término de dos meses; y de ninguna suerte la demandante que no es heredera de Rudíñac, careciendo por consiguiente de acción.

Aunque los principios antes mencionados sean exactos, y ellos contengan la verdadera doctrina de nuestro Código Civil, sobre legitimidad de los hijos, no se la ha expuesto sin embargo, de un modo completo; y la aplicación que se



intenta: hacer de ella en el caso *sub-judice*, no es ajustada; habiéndose prescindido indebidamente en la materia, de la acción que se concede al hijo para reclamar el estado que le corresponde, ó bien á cualquiera para contestar é impugnar el que alguno se atribuye sin derecho.

#### IV

La contestación de estado, dice Marcadé, es la acción por la cual se pretende que el estado sea de hijo legítimo, sea de hijo natural, de que alguien se encuentre en posesión, no le pertenece; y recíprocamente la acción por la cual el hijo quiere hacerse atribuir un estado, de que no se encuentra legalmente en posesión; pero que pretende pertenecerle. (Tom. 2º, pág. 18, art. 315, núm. 1). Nuestro Código en lo que concierne al estado de hijo legítimo, que es el que ahora nos interesa, y del que debemos ocuparnos, empieza á tratar de ello desde el art. 259.

Esta acción que Freitas llama cuestión de filiación, bajo el aspecto indicado, en realidad se comprende y no es más que una especie particular de las que se dan en contestación de la legitimidad, refiriéndose á la hipótesis de que se excluya de un modo indebido, al hijo, de la familia á que legítimamente pertenece; y se le concede perpétuamente para reclamar el estado que en ella le corresponde.

Vice-versa se acuerda también, para impugnar la pretensión de quien intentando usurpar un estado que no le pertenece, trata de introducirse injustamente en una familia, de la que no es miembro legítimo; á lo cual puede oponerse cualquiera á quien perjudique; y ésto en todo tiempo, porque semejante acción es imprescriptible por la razón que se ha indicado.

Bien pues, veamos si esta acción corresponde en el caso presente á la demandante. La demandada confesando ser hija de don Juan Maldonado, cuyo apellido ha llevado siem-



pre, y por quien habiendo sido considerada suya también ha gozado en su familia posesión de estado como hija legítima; que ha sido admitida por tal en los tribunales; y ha heredado en fin, junto con las demás hijas del mismo Maldonado, para conservarse en la posesión de una capellanía que se le disputa, pretende ahora, el que se le considere hija legítima del Mayor Rudiñac.

¡Pretensión insólita, Exma. Cámara, absurda y opuesta al buen sentido! porque nadie puede con el más leve asomo de razón, pretender deducir su filiación de un padre y su legitimidad de otro; mas como quiera que esto sea, examinemos, por las reglas y principios legales, la improcedencia de esa pretensión y el derecho con que es impugnada por la demandante.

Desde luego, quien se pretende hijo legítimo con relación á un matrimonio, puesto que nadie puede serlo de dos, debe acreditar esa calidad en la forma que establece el artículo 262 del Código, el cual declara que «la filiación legítima se prueba por la inscripción en los registros parroquiales, tanto del nacimiento como del matrimonio de los padres, y por la posesión constante del estado de hijo legítimo, fundada en actos que la demuestren.»

La recurrente ¿comprueba en esta forma su calidad de hija legítima de D. Roberto Rudiñac y doña Catalina Vasconcelos?

Ciertamente que no. Ella ha justificado sin duda alguna, posesión de estado, como hija legítima de aquella con don Juan Maldonado; pero esta misma prueba viene á ser la demostración más evidente de que no la tiene en calidad de hija de Rudiñac; porque nadie puede tener posesión de estado de hija legítima con relación á dos matrimonios.

La partida del matrimonio de Rudiñac con doña Catalina, corre en autos, y de consiguiente, aquél resulta justificado de un modo legal; pero la de bautismo de la recurrente no la da por hija de Rudiñac, y en esta virtud la comprobación instrumental de la filiación legítima, es insuficiente



é incompleta, faltando uno de los comprobantes expresamente exigidos por el Código.

Es cierto que según doctrina uniforme de los autores, constatado legalmente el matrimonio, y tratándose de hijos nacidos mientras subsistía, de la esposa, bastaría el que la partida del registro consignase solamente el nombre de la madre, para que en virtud de la presunción legal que tiene al marido por padre de los hijos de su esposa, aún respecto de éste, la filiación legítima se tuviese por acreditada; mas en la partida de que se trata, tampoco se indica el nombre de la madre.

Cuando hay posesión de estado en conformidad á lo que resulta del registro, según el Derecho Francés, nadie puede impugnarla; pero por el nuestro podría ser contestada por razón de suposición de parto ó sustitución del nacido; no siendo por tanto la mujer, madre del hijo que pasa por suyo. (Código Civil, art. 261).

Faltando la posesión de estado además de los documentos indicados. «la filiación legítima, continúa el art. 263, puede probarse con testigos», lo mismo que «cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos». Este sería el caso aplicable á la demandada, que en su partida de bautismo figura como hija natural de padres no conocidos.

Ahora bien, ¿ha probado por testigos ser hija de don Roberto Rudiñac y doña Catalina Vasconcelos? De ninguna suerte: ántes bien ha justificado lo contrario; pues ha probado ser hija de don Juan Maldonado. Ni ¿cómo podía acreditar lo primero, cuando ella misma lo niega categóricamente?

## V

En esta materia hay que hacer una observación importante, cual es la de que aunque á falta de registros y de posesión de estado, se permite justificar la filiación legítima por



toda clase de pruebas; los que tengan interés en impugnarla, pueden también valerse al efecto de todos los medios.

Además, aún comprobada la filiación respecto de la madre, esa prueba no tiene en tal caso, la eficacia que la resultante de documentos sacados de los registros, para hacer presumir la paternidad del marido; y en consecuencia, no obstante que se hubiese acreditado la maternidad de la esposa, los que impugnan la legitimidad, son admitidos á demostrar la no paternidad del marido, sin embargo de que esa prueba daría por resultado constatar una filiación adulterina.

Estas doctrinas como se deja ver, son sumamente importantes en la cuestión; y no encontrándose expresas en nuestro Código, el exponente necesita autorizarlas, recurriendo á la jurisprudencia francesa, de la cual han sido tomadas principalmente, las disposiciones de aquél en la materia que nos ocupa.

El Código Napoleón en el capítulo de las pruebas de la filiación de los hijos legítimos, después de declarar en el artículo 323 «que á falta de acta y posesión constante, ó si el asiento de la criatura se hizo con nombres falsos, ó como nacida de padres desconocidos, puede hacerse por medio de testigos, la prueba de la filiación» agrega en el 325 «la prueba contraria se practicará por todos los medios cuyo objeto sea acreditar que el reclamante no es hijo de la madre que el suponía, *ó si se ha probado la maternidad, que no descende del marido de la madre.*»

Esta misma doctrina se encuentra establecida en un fallo de la Corte de casación de 1º de Mayo de 1849, citado por Rogron, en el cual se dice «considerando que si bien, según los términos de los arts. 223 y 24 del C. Civil, el hijo puede ser admitido, en defecto de título y de posesión constante, á probar su filiación legítima por testigos, cuando existe un principio de prueba por escrito ó presunciones resultantes de los hechos constatados, el art. 325 dispone formalmente, que la prueba contraria podrá hacerse por todos los medios propios á establecer, *aún en la suposición de hallarse justificada*



*la maternidad, que el reclamante no es hijo del marido; de lo cual debe concluirse que en este caso, la presunción establecida por el art. 312 puede ser combatida no solamente, por la imposibilidad física prevista en este artículo, sino por toda especie de pruebas del Derecho común.» (El Código Civil explicado, tomo 1º, página 235.)*

El fundamento de la disposición legal á que esta sentencia se refiere contenida en el precitado art. 325 del Código consiste, según la explicación de Bigot Preameneu, en que «cuando el hijo no tiene ni posesion constante, ni título, ó cuando ha sido inscripto, sea bajo falsos nombres, sea como nacido de padre y madre desconocidos, resulta una presunción muy fuerte de que no pertenece al marido.» (Exposición de motivos, Locre, Leg. VI, pág. 201, núm. 21).

Aubry y Rau establecen que á diferencia de la acción en reclamación de estado, el derecho de contestarlo corresponde á toda persona que tenga interés en ello; siendo imprescriptible é irrenunciable; sin ser por tanto obligatoria la renuncia ni para el que la hace, ni para los demás interesados.

En cuanto al valor de la prueba que puede hacer por otros medios, el que no produce los documentos sacados del registro, como justificativos de su legitimidad, dicen «una vez probada la maternidad, el marido de la madre se presume legalmente ser el padre del niño. Con todo, la presunción de paternidad que milita contra el marido, no es en este caso, sino presunción legal ordinaria, que puede, aún fuera de los casos previstos en los arts. 312 y 13, ser destruida por medio de cualquier especie de prueba contraria, cuya apreciación queda enteramente librada á los Tribunales». (Dro. Civil Francés, tom. 6º. §. 544, pág. 15.)

Marcadé comparando la acción en desconocimiento de la paternidad y la de contestación del estado de hijo legítimo, como también los efectos de la prueba de la legitimidad resultante de las constancias de los registros, con los de la que, en defecto de ellos, puede hacerse por otros medios, designa claramente diferencias bien marcadas.



«Aún en este último caso, dice, como en el de que la maternidad de la mujer casada se constata por el acta del nacimiento, la ley deduce la consecuencia de que el marido es el padre; la cual subsiste hasta la prueba en contrario. Cuando la maternidad se prueba por testigos, la ley produce también en favor del hijo la misma presunción que en el caso de probarse la maternidad por título; pero esta presunción dista mucho de tener igual fuerza.»

«No se trata aquí, explica más adelante, de una acción rigorosa de desconocimiento propiamente dicho; la cual no tiene lugar sino contra la presunción nacida de una maternidad constatada por título; y en el caso de nuestro artículo (325), bastará siempre justificar una simple imposibilidad moral de cohabitar. Una sola cosa se exigirá entonces, la convicción en el Juez de que el marido no es el padre del niño. Los adversarios, agrega al final, podrán producir directamente la prueba testimonial, sea para destruir la prueba de la maternidad, sea para contrarrestar la presunción de paternidad que de ella se deriva». (Cód. Civil, t. 2º, pág. 34, núm. 36)

Por último para omitir otras citas sobre estos puntos, aunque muy interesantes en la cuestión, Zachariæ lo mismo que los anteriores, distingue las acciones en desconocimiento de la paternidad, y en contestación de la calidad de hijo legítimo, de la cuestión de estado, que procede contra el que carece de título y de posesión de estado como hijo legítimo, ó cuando ésta resulta en oposición de aquél; y si bien permite al interesado producir testigos, para suplir tal deficiencia, concede también á sus adversarios plena libertad en la prueba.

«En los casos, dice, del art. 323, la prueba contraria puede ser suministrada por cualquier especie de justificativos, y dirigida no solamente contra la filiación materna, sino también suponiéndose ésta demostrada, ó siendo susceptible de serlo, *contra la filiación paterna*. Los principios establecidos antes en el § 161, (los que reglamentan la acción de desconocimiento respecto á la paternidad), no son aplicables á este caso; y pertenece enteramente á los Tribunales decidir por



la apreciación de los hechos y de las circunstancias, si el marido de la madre debe ser considerado padre, del niño.»\* (Derecho Civil Francés, t. 1°, § 162, pág. 310).

Dedúcese de lo expuesto, que además de las acciones que menciona y examina la recurrente, para demostrar que no corresponden á la actora, existe la de contestación de estado, que procede contra ella, desde que para probar la filiación legítima de Rudiñac, no produce título, ni posesión; acción que concediéndose á todo el que tenga interés en deducirla, no podría negarse á su hermana, cuyo interés legítimo es manifiesto.

## VI

Otra dificultad no menor ciertamente y de grandísima trascendencia, es la que suscita la recurrente pretendiendo hacer desechar la acción deducida contra ella por su hermana, con acogerse á la disposición legal que prohíbe toda indagación de filiación adulterina, incestuosa ó sacrilega; alegando que la indicada acción no procede, desde que no debe permitirse en juicio aducirse prueba alguna, que hubiese de dar por resultado constatar una filiación de la clase indicada.

Apenas podría. Exma. Cámara, proponerse en el Derecho Civil que nos rige un punto más oscuro y más delicado al mismo tiempo, que el de fijar con exactitud y claridad, el alcance de la mencionada prohibición; y como por una parte, los resultados prácticos serían importantísimos, y por otra, es ésta la primera vez que tal cuestión viene á la decisión de los tribunales en términos que, la que V. E. adopte, vendrá á establecer jurisprudencia al respecto, el Fiscal se propone por esto tratarla con amplitud; y ruega se le disculpe, si se halla precisado á extenderse más de lo que quisiera.

La cuestión que nos vemos en la necesidad de afrontar podría plantearse así: ¿la prohibición de indagarse la filiación adulterina es absoluta, ya sea que se intente esa indaga-





ción, como acción ó como excepción, directa ó indirectamente, y tanto en perjuicio de los hijos para que en calidad de tales no puedan reclamar derecho alguno, cuanto para que por su medio no se les pueda impedir el ejercicio de los que se atribuyan, por más que sean usurpados?

Parece, Exma Cámara, que basta el buen sentido para resolver con acierto esta cuestión por la negativa; pues que de decidirse por la afirmativa, desaparecen desde luego, puede decirse, las distintas clases de hijos que reconoce la Legislación, legítimos, naturales y espúreos; se suprime la diversidad de los derechos que se les atribuyen; y se comprometen en fin, las mismas legítimas establecidas á favor de los herederos forzosos; y con todo lejos de ser así, la discusión la ha complicado sobremanera, y presenta gravísimas dificultades.

La prohibición de indagarse la filiación de los espúreos, que podría creerse no tenía más objeto que despojarlos de todo derecho, en caso de afirmativa en la cuestión propuesta, vendría en realidad á convertirse en el permiso de atribuirseles todos sin que hubiese posibilidad de impedirlo, por no dar en el escollo de descender á demostrar la clase de su filiación.

No pudiendo presumirse en el legislador la mente de dejar ilusorias por medio de esta prohibición, sus demás disposiciones que acabamos de mencionar, tampoco puede atribuírsele en aquella el propósito de favorecer á los hijos espúreos, permitiéndoles usurpar un estado que no les corresponde, y obtener por este medio, derechos que por otra parte se les niegan, aunque no debe desconocerse que la opinión contraria, sin ser la mejor fundada, se encuentra más en boga, sostenida quizá por un espíritu de liberalismo mal entendido y exagerado.

Efectivamente en Francia, aunque algunos autores han opinado que podía oponerse al legatario su calidad de adúlterino, y demostrarse su condición, al objeto de hacer reducir la liberalidad hecha por la madre, á la cuota permitida,



(Loisson, pág. 735—Grenier, de las Donaciones, t. 1<sup>o</sup>, pág. 230—Malpel, de las Sucesiones, núm. 169—Merlin, Rep. tom. 5, v. «Maternidad» núm. 5—Pont. Rev. de Leg. tom. 20, pág. 254—Richefort, tomo. 3<sup>o</sup>, pág. 336—Zachariæ, tom. 4<sup>o</sup>, pág. 73—Valette, tom. 2<sup>o</sup>, pág. 140); y aunque se dieron también en épocas anteriores, algunas sentencias permitiendo acreditar un origen inficionado de adulterio ó incesto; bien en favor del hijo para que pudiese obtener los alimentos que le acuerda el art. 762; bien por el contrario, en perjuicio suyo, para restringir disposiciones dadas en su favor—(V. Lion 23 de Marzo de 1835 --Paris 4 de Diciembre de 1835 y Bourges 4 de Enero de 1839),—no puede negarse que después han prevalecido ideas contrarias.

Veremos sin embargo, que tales opiniones ni se ajustan al texto de la ley, ni logran armonizar sus disposiciones; que no hay entre ellas perfecta uniformidad, ni pueden evitar resultados inaceptables, que sus autores se ven en la necesidad de admitir; criticando ellos mismos la jurisprudencia que viene á establecerse por resultado de su doctrina.

El Código Francés, Exma. Cámara, distingue á los hijos en las mismas tres clases que reconoce el nuestro, legítimos, naturales y espúreos, respecto de los cuales, al hablar de los segundos en el art. 335, prohíbe su reconocimiento, diciendo: que éste no podrá referirse, ni *aprovechar* á los hijos incestuosos ni adulterinos; y en el 342 declara: que no se admitirá *la demanda del hijo* con relación á la paternidad ó maternidad, en los casos en que según el art. 335, no procede el reconocimiento.

Si hubiésemos, pues, de estar al tenor literal de estos artículos, deduciríamos que la prohibición de indagarse la filiación incestuosa ó sacrílega, solo se establece en cuanto esa indagación hubiese de aprovechar al hijo, en reclamación de derechos que no le corresponden, por lo que su demanda debe ser desechada; y que aún esta prescripción no es absoluta, sino cuando aquella se dirija á obtener de sus



padres otra cosa que los alimentos que le acuerda el art. 762.

Que vice-versa, si prohibiendo el precitado art. 335 el reconocimiento de tales hijos, se pretendiese eludir esta disposición, reconociéndoseles como naturales; si en la misma forma y en fraude de la ley que lo prohíbe (art. 331), se les pretendiese legitimar; ó si en fin tratasen de usurpar los derechos sucesorios que los arts. 757 y 58 acuerdan á los hijos naturales, y que el 762 niega á los espúreos, parecería indispensable el que pueda oponérseles su calidad de tales y demostrarse en caso necesario.

Pero según se ha indicado, han prevalecido opiniones diversas que sostienen el que la prohibición de indagarse la filiación adulterina, teniendo en vista los intereses de la moral en evitar el escándalo, es absoluta, pudiendo considerarse como el resumen de las doctrinas corrientes, la que exponen Aubry y Rau en los términos que vamos á transcribir.

## VII

«La indagación de la maternidad ó de la paternidad está prohibida de una manera absoluta, cuando debe dar por resultado constatar una filiación incestuosa ó adulterina (art. 342). Esta indagación en tal caso no puede tener lugar ni en interés del hijo, ni en perjuicio suyo, y no se admite ni por vía de acción, ni por excepción; siendo igualmente prohibido reconocer voluntariamente, los hijos incestuosos ó adulterinos.

»A pesar de las prohibiciones establecidas en los arts. 335 y 342, una filiación incestuosa ó adulterina puede no obstante encontrarse legalmente demostrada por la fuerza misma de las cosas en las tres hipótesis siguientes:»

«Cuando un hijo ha nacido de un matrimonio, que habiendo sido contraído de mala fe en contravención á los

arts. 147, 161 y 163, ha sido anulado después, por causa de bigamia ó incesto.»

«Cuando en los casos previstos por los arts. 312, 313 y 325 se ha declarado judicialmente que un hijo concebido por una mujer casada, no tiene por padre á su marido.»

«Cuando por error de hecho ó de derecho una sentencia pasada en cosa juzgada, ha admitido una indagación de paternidad, cuyo resultado ha sido constatar una filiación incestuosa ó adulterina.»

«Es á las hipótesis que se acaba de indicar, y á ellas solas, que conciernen las disposiciones legales, que esplicita ó implícitamente, se aplican á los hijos incestuosos ó adulterinos, y los desenvolvimientos, agregan dichos autores, que nosotros vamos á dar á esta materia, á continuación de este párrafo». (Tom. 6º, § 572, pág. 216.—Massé y Bergé, nota 1ª al § 172 de Zachariæ.—Marcadé, tom. 2º, págs. 53 y 76, núms. 5 y 8.—Bonnier, tom. 1º, núm. 64 y 212, tom. 2º, núm. 571.—Laurent, tom. 4, núms. 155 y siguientes.—Duranton, t. 3, pág. 207).

Ahora ¿cómo salvan estos autores las dificultades que suscita su doctrina por la discrepancia que resulta entre los diversos artículos del Código, que tienen relación con la materia? No las salvan en manera alguna, según lo reconocen ellos mismos; así el derecho de alimentos que se acuerda á los espúreos, viene á quedar reducido al caso sumamente eventual de que por casualidad se descubra en los tribunales una filiación de esa clase.

La prohibición impuesta al hijo espúreo de demandar en indagación de la maternidad adulterina quedaría burlada, si demandándola como natural, no fuese permitido, según enseña Laurent, descender á examinar la calidad de la filiación, por temor de constatarse que era adulterina.

La prohibición de reconocer á los hijos adulterinos, quedaría igualmente burlada si reconociéndose alguien por padre natural de una persona, no fuese permitido para anular este reconocimiento, según lo enseñan Aubry y Rau,



demostrar que lo tuvo de una mujer que era casada al tiempo de la concepción.

En fin, la disposición del art. 762, sería también ilusoria y quedaría burlada si, á pesar de limitarse la capacidad de los hijos espúreos para recibir por testamento, á los alimentos solamente, pudiera no obstante dejárseles cuanto se quiera, en calidad de extraños, sin que cual sostiene Marcadé, fuese lícito para anular ó restringir el legado, oponérseles su incapacidad proveniente de su calidad.

Ahora, si como acabamos de verlo, las opiniones dominantes y la doctrina más en boga ni se ajustan al sentido liberal de los artículos que exponen, ni alcanzan á conciliarlos, ¿podrán al menos sus autores invocar razones gravísimas é incontestables? Nada de esto: todo se reduce á establecer que la prohibición de constatarse una filiación espúrea, se funda, no en el disfavor con que la ley mira esa clase de hijos, sino en la necesidad de evitarse el escándalo en obsequio de la moral; á pesar de lo cual se ven en la necesidad de confesar que hay muchos casos en que la indagación de esa filiación no puede evitarse.

La moral no se ofende por el descubrimiento de los hechos en infracción de sus preceptos, sino por los hechos mismos; y el escándalo que muchas veces no puede evitarse, si por una parte fuera capaz de dañar á las costumbres, por otra sirve de sanción contra los hechos inmorales, retrayendo de su ejecución á los que pudieran proyectarlos: de aquí la crítica de varios de los mismos autores que profesan las indicadas opiniones sobre el sistema que atribuyen al Código Francés, en la materia que examinamos.

Bonnier, por ejemplo, después de recordar que la ley consultando la moral, prohíbe la indagación de la filiación adulterina ó incestuosa, observa que de esta suerte « abre la vía á las más exageradas liberalidades voluntarias en favor de los hijos procreados de semejantes uniones, puesto que no reconociéndolos, se elude toda clase de prohibiciones. Parece, agrega, que se preocupa más de las aparien-



cias que de las reglas de fondo que ha establecido en interés de la sociedad». (Tomo 1º, núm. 64).

También Demolombe dice sobre esto: «No estoy distante de pensar que lo mejor en Legislación y cuando se trata de gobernar á los hombres, es si me atrevo á decirlo, considerarlos tales como son: Me parece muy dudoso que haya muchas ventajas en no ver lo que todo el mundo ve, y en negar lo que es cierto: así nos exponemos á resultados chocantes que ponen esta ignorancia afectada de la ley en contradicción con la evidencia de los hechos, y que producen un escándalo, con frecuencia mayor que la verdad misma que no se ha podido disimular.» (Paternidad y filiación, 2ª edic., núm. 561.)

Por último Laurent, aunque lejos de criticar el sistema que prohíbe en absoluto la indagación de la filiación espúrea, trata de justificarlo, negando que en esto haya fraude, ni violación de la ley por ser ella misma, la que en interés de la moralidad pública impide indagarse la filiación adulterina, concluye reconociendo que su falta de prueba dejará á veces sin aplicación otras disposiciones de aquella; perjudicando derechos que ellas reconocen. (Tom. 4º, pág. 223).

Pero; ¿cómo puede admitirse por buena la inteligencia de un art. del Código, que deje sin aplicación otros varios, haciendo ilusorios derechos que en estos se reconocen? No sería mas fundado clasificar de inadmisibles semejante explicación. Nótese en todo caso que ninguno de los sostenedores de la expresada doctrina indica en su apoyo otra razón, que la de que la ley no procede por disfavor á los hijos espúreos, sino en servicio de la moral, al impedir el escándalo de constatare una tal filiación, con prohibir tanto su reconocimiento, como su indagación.

## VIII

Pasemos ahora al estudio del Derecho vigente entre noso-



tros, examinando las disposiciones del Código Civil en esta materia, acerca de la cual nos vemos en la necesidad de rectificar las equivocaciones en que incide la recurrente, á fs. 265 en su escrito de expresión de agravios, al establecer los puntos de partida para la discusión.

«Los artículos de nuestro Código, dice, referentes á la filiación legítima, son tomados casi á la letra del Código Francés, de modo que los comentadores del Código Napoleon, lo son también del Código Argentino; ahora bien, todos los comentadores franceses están contestes en establecer como absoluta la prohibición del artículo 341.» (sobre la indagación de la filiación adulterina é incestuosa).

En primer lugar, aún cuando fuera cierto que los artículos de nuestro Código referentes á la filiación legítima, fuesen tomados del Código Francés, el artículo 341 no corresponde á la filiación legítima, sino á la ilegítima, acerca de la cual existe notabilísima diferencia, entre ambos códigos, pues habiéndose visto que los jurisconsultos franceses, al opinar que la prohibición de indagarse la filiación adulterina es absoluta, se fundan únicamente en que ella no procede de disfavor á los hijos de esta clase, sino por razones de moralidad: lo cual deducen de que igualmente se prohíbe el reconocimiento de tales hijos, esa consideración fundamental no es aplicable á nuestro Código.

Este en efecto, lejos de prohibir el reconocimiento de los hijos espúreos, por el contrario lo permite expresamente, reputándolo válido y determinando sus resultados; de suerte que respecto á la prohibición de la indagación de esa clase de filiación, no puede decirse que procede por evitar el escándalo en obsequio de la moral; pues que no sería menos escandaloso el reconocimiento; sino puramente por disfavor á tales hijos; faltando así el único fundamento por el que los comentadores franceses sostienen ser absoluta la indicada prohibición. (C. Civil, artículo 343).

Creemos por esto que ha procedido acertadamente el Juez *a quo* al sostener lo contrario á la doctrina de la recurrente



en la resolución apelada; y cuando tratando de demostrar su falsedad se expresa así: «Pero conceder una interpretación tan lata al citado artículo 341, importaría dar en tierra con todos los principios sobre que se apoya el Derecho Civil».

«La mencionada disposición ha sido dictada en contemplación al orden social y á la estabilidad de la familia, dignos siempre del apoyo de la ley; mientras que la doctrina de la demandada nos conduciría á este resultado monstruoso; de que todo hijo adulterino podría apoderarse impunemente de lo que corresponde á un hijo legítimo, sosteniendo ser también legítimo; y oponiendo esa doctrina para cerrar todo camino de investigación y de reparación; lo que nos llevaría hasta la desorganización de la familia; porque no sería posible impedir, por ejemplo, que un hijo adulterino salvase las barreras que ciertos grados de parentesco ponen al matrimonio.»

«No ha sido, pues, la mente del legislador al dictar el art. 341, que un hijo adulterino, incestuoso ó sacrilego pueda hacer lo que quiera, so pretexto de que no tiene padre, ni madre. Lo que quiere la ley es arrebatar al fruto del adulterio, los derechos de que gozan los hijos legítimos, pero en manera alguna exonerarlo de las obligaciones anexas al estado civil de cada uno y correlativas al derecho de los otros.»

Esta exposición del Juez *á quo*, que al parecer solo contiene verdades incontestables, de sentido común, puede también ser demostrada por un prolijo y aterto estudio de las disposiciones de nuestro Código concernientes á la materia, cuyo examen vamos á emprender, ya porque ventilándose la cuestión por primera vez, según se ha observado, la resolución que en ella recaiga, hará jurisprudencia, cuanto por la altísima trascendencia que atribuimos á la doctrina que se adopte acerca del punto indicado, de que pasamos á ocuparnos.

Aunque la redacción empleada en el precitado art. 341





que establece la prohibición, no se refiere á los hijos como la del art. 342 francés, cuando dice, *no se admitirá demanda al hijo*, ni se restringe como en el art. 1601 de Freitas á *la indagación especial*, que solo parece excluir un procedimiento directo; pues aquel declara prohibida *toda indagación de paternidad ó maternidad adulterina, incestuosa ó sacrilega*, lo cual suena mucho más absoluta; esa frase se explica y restringe en el art. 342 siguiente, que al hablar de los hijos de esta clase establece: *que no tienen derecho á hacer indagaciones judiciales sobre la paternidad ó maternidad*.

Efectivamente, lejos de resultar absoluta la prohibición de indagarse ó comprobarse la filiación adulterina, en términos de que ni siquiera pueda oponerse como excepción en defensa de un derecho legítimo que trate de usurparse, veremos, mencionando los diversos casos en que esto puede suceder, ó en que para evitar el fraude lo exige el orden público, que no podría proponerse uno solo, sin que dicha indagación no sea permitida, ó en que al menos su prohibición sea un obstáculo al ejercicio de las acciones correspondientes.

En primer lugar, es evidente que la filiación adulterina puede resultar comprobada judicialmente, en todos los casos en que se permite al marido desconocer su paternidad respecto del hijo que su mujer dé á luz durante el matrimonio; así como de aquellos en que se puede contestar la legitimidad; siendo unos y otros los en que los jurisconsultos franceses admiten que la filiación de la clase expresada, resultará de la naturaleza misma de las cosas.

Así, cuando el marido pueda demostrar la imposibilidad de la cohabitación en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al matrimonio; cuando estando divorciado, la mujer tuviese un hijo que naciera después de diez meses, desde que se verificó de hecho la separación; en fin, cuando hubiese habido adulterio y ocultación del parto; en todos estos casos resultaría acreditada la filiación adulterina; y sin embargo es permitida la indagación. (Arts. 246, 250 y 252).



Sucedería lo mismo, siempre que se anulase después de haber tenido sucesión, un matrimonio contraído de mala fe, por los dos esposos á causa de que ambos, ó al menos uno de ellos era ya casado con otra persona, habiendo cometido de consiguiente, el delito de bigamia, al pasar á segundas nupcias. (Art. 257).

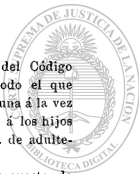
## IX

Hemos visto, además, que por declaración expresa contenida en el art. 325 del Código Francés, en la contestación de estado, cuando el reclamante no puede establecer su filiación legítima, ni por título ni por la posesión constante de estado; y entra á comprobarla por otros medios, sus adversarios pueden también justificar por toda clase de comprobantes que aquél no tiene por madre la que se atribuye; y que aún establecida la maternidad de la esposa, les es permitido igualmente, acreditar que no fué hijo del marido, aunque esta indagación constataría una filiación adulterina.

El art. 321 de nuestro Código permite contestar la legitimación de un hijo, á los demás hijos legítimos que nazcan del mismo matrimonio ó á los nacidos de otro matrimonio anterior, y en general, á todos los que tengan interés actual en hacerlo; siendo evidente por otra parte que la oposición puede referirse no solo á la forma, sino al fondo, por no ser aquél realmente hijo, ó por no ser natural, sino adulterino,

Así lo explica el Código de Chile, estableciendo que si el padre intentase legitimar á un hijo adulterino, podría impugnarse la legitimación con demostrarse que aquél ó la madre eran casados al tiempo de la concepción, (artículos 217 y 275, inc. 3<sup>o</sup>); siendo de notarse que en opinión de los señores Leguizamón y Machado, el precitado art. 321 de nuestro Código ha sido tomado del Código Chileno. (Instituto, nota 59).

Es aplicable la misma observación que acabamos de emitir sobre la legitimación, al simple reconocimiento que hagan los



padres de los hijos naturales, pues el art. 335 del Código Civil Argentino, permite también contestarlo á todo el que tenga interés en hacerlo; pudiendo sin duda alguna á la vez fundarse la oposición, en que no les corresponde á los hijos reconocidos la clasificación de naturales, sino la de adulterinos, incestuosos ó sacrílegos.

Así lo resuelve expresamente Freitas en su proyecto de Código Civil, cuyo art. 1576 dice: «Todos los hijos naturales pueden ser reconocidos por su padre ó madre ó por ambos; pero no los de dañado ayuntamiento, *aunque se les clasifique de naturales*; agregando el 1583 que la contestación al reconocimiento puede consistir en la nulidad del acto, por proceder de dañado ayuntamiento la filiación del reconocido»: resolución conforme á la doctrina que consagra el art. 270 del Código de Chile, que se deduce de los arts. 220, 21 y 22 del Oriental y que supone también en fin el art. 132 del proyecto de Código Civil para España.

El Derecho Francés ofrece otro caso en que la indagación de la filiación espúrea sería indispensable, pues limitando sobremanera la capacidad de esta clase de hijos para recibir por testamento, si sucediese que en infracción de sus disposiciones se les dejase más de lo permitido, habría que anular la institución ó legado, aunque solo se les llamase como extraños.

Zachariæ se expresa sobre el particular en los siguientes términos. «El principio de que los hijos adulterinos ó incestuosos no pueden reclamar sino alimentos de su padre ó de su madre ó de la sucesión de éstos, es tan absoluto que el padre y la madre no tendrán derecho de donarles ó dejarles más, directa ó indirectamente, y que si lo hacen sin embargo, á cualquier interesado le sería permitido atacar la donación ó demandar su reducción». (Tomo 1º, párrafo 172).

Con respecto al caso en que un hijo siendo adulterino, dedujese sin embargo demanda de filiación natural, se presenta más indudable el que se le podría oponer su verdadera calidad, pues que sin ésto muchos hijos espúreos, en



fraude de la ley, podrían pasar por naturales, tanto más cuanto que les es permitido dirigir su acción contra uno solo de los padres, sin necesidad de mencionar al otro.

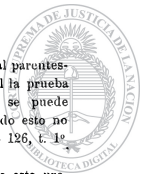
¿A qué quedarían reducidas en efecto las declaraciones contenidas en los artículos 342 y 343 del Código, de que los hijos espúreos antes de ser reconocidos, no tienen padre ni madre; que ningún derecho les asiste contra éstos, ni pueden hacer indagación judicial para descubrirlos, si á pesar de todo demandándolos como padres naturales, y no pudiendo averiguarse si los reclamantes son espúreos, tendrían que pasar por hijos naturales, y habría necesidad de reconocérseles los derechos que por otra parte se les niegan? A la verdad esto es inadmisibile, pues cuando algo se prohíbe por una vía, se entiende igualmente prohibido por todas. (Cap. 84, Decret. lib. V de *regulis Juris*—Arg. de la ley 32 D. *do Pactis*).

A este caso serían aplicables las consideraciones expuestas para el en que fuese el mismo padre quien intentase hacer pasar al hijo adulterino por natural. El Código de Chile como el proyecto de Freitas, resuelven terminantemente que puede impedirse la acción, oponiéndose al demandante su verdadera calidad; y así lo supone también el Código Oriental, lo mismo que el proyecto de Código Civil para España.

Caravantes lo indica claramente, cuando establece que la paternidad ó maternidad adulterina, incestuosa ó sacrilega puede resultar probada en juicio, *con motivo de reclamarse ó impugnarse* la filiacion natural ó legítima. (Nota á la pág. 151, tom. 2º de Bonnier).

Por último, es evidente que la indagación de filiación adulterina, incestuosa ó sacrilega sería permitida y procedente, para impedir un matrimonio entre parientes en grado prohibido, aunque no fuesen legítimos; sobre lo cual los anotadores de Zachariæ se expresan en los términos que se transcriben á continuación :

«Además, dicen, el parentesco natural que es un impe-



dimento al matrimonio debe extenderse también al parentesco adulterino ó incestuoso, y en este caso especial la prueba del parentesco natural, adulterino ó incestuoso se puede hacer por todos los medios: propiamente hablando esto no es una indagación de paternidad». (Nota 8ª al § 126, t. 1ª, pág. 202).

Ahora bien, preguntamos nosotros, después de esta prolija enumeración de tantos casos en que, ya sea por razones de orden público, ó para salvar el derecho de los particulares, es permitida la indagación de la filiación adulterina ¿cómo puede sostenerse que por nuestro Código la prohibición es absoluta, ya se proponga aquella como acción ya como excepción, y se pretenda hacer directa ó indirectamente? ¿Cuáles serán pues los casos en que tratándose de usurpar algún derecho con la ocultación de la calidad de hijo espúreo, no sea lícito resistir la usurpación, oponiéndose la dicha calidad?

Pero, si se quiere todavía á mayor abundamiento, un comentario auténtico que explicando el sentido en que debe tomarse la prohibición de indagarse la filiación adulterina, demuestre que esa prohibición no es absoluta; y que antes bien, ella cesa, siempre que así lo reclama el orden social y la defensa de los derechos reconocidos á cualquier persona, para evitar su violación en fraude de la ley, oigamos al respecto al autor mismo del Código, Dr. Velez.

«Las leyes de diversas naciones, dice, han permitido la indagación de la paternidad; y han debido permitirla, desde que ellas autorizan para dejar al hijo natural toda la sucesión en perjuicio de los ascendientes: de otra manera sería permitido desheredar á los ascendientes, con solo llamar hijo natural al heredero instituido.»

«Las leyes han debido permitir la indagación de la paternidad en las cuestiones de parto supuesto, de falsas filiaciones, toda vez que los padres quieran desconocer á los hijos que verdaderamente lo sean; y no han podido dejar de permitirla en las cuestiones de filiación adulterina.» (Nota al art. 325).



¿Quién no vé por esta explicación, que el permiso de indagarse la paternidad es en favor y en contra del pretendido hijo? ¿Y por qué no diríamos lo mismo de la indagación de la maternidad? Si no puede permitirse desheredar á los ascendientes, con solo llamar hijo al heredero instituido ¿deberá permitirse desheredarlos en favor del hijo adulterino con solo llamarlo natural; sin que se le pueda oponer su verdadera calidad? Ciertamente que es inadmisibile.

Concluamos pues, que cualquiera que sea la opinión que prevalece al respecto en la jurisprudencia francesa, la mente de nuestro Código al prohibir la indagación de la filiación adulterina, incestuosa ó sacrilega, no ha sido otra, que privar de toda acción contra sus padres á los hijos de esta clase, puesto que no les concedía derecho alguno; y de ningún modo permitirles usurpar los que no les corresponden, suministrándoles un medio de eludir las prohibiciones legales.

## X

Después de haber examinado los dos principales fundamentos con que la recurrente ha impugnado la demanda de su hermana, quien habiendo justificado en legal forma, á saber, con la partida de su nacimiento y la del matrimonio de sus padres, ser hija legítima de D<sup>a</sup> Catalina Vasconcelos, la ponía en el caso para conservar la capellanía que posee, de producir igual prueba por su parte, lo que le ha sido imposible, debemos en conclusión, hacernos cargo también de otras objeciones que le ha opuesto, aunque ciertamente, menos importantes.

A la falta de acción que observaba á la demandante, y la improcedencia de aquella dado que la tuviera, desde que para hacerla valer le sería indispensable entrar en la demostración de una filiación adulterina, lo cual suponía ser absolutamente prohibido, agregaba que en todo caso el derecho para reclamar el patronato de la capellanía en cuestión



se hallaría prescripto; y cuando así no fuera, correspondería más bien á su hermana D<sup>a</sup> Teresa, pues es mayor que D<sup>a</sup> Genoveva.

Lo primero, porque siendo personal aquella acción habría quedado extinguida por el lapso de diez años á contarse desde el fallecimiento de D<sup>a</sup> Catalina, por cuya muerte vacó la indicada capellanía; lo segundo, porque habiendo nacido la mencionada hermana después de la muerte de Rudiñac, aunque hubiese sido concebida en vida de él, habría quedado legitimada por el matrimonio posterior de sus padres.

La antigua legislación (ley 11 de Toro—1<sup>a</sup>, tít. 5, lib. 10, Nov. Rec. y su concordante 9, tít. 8, lib. 5, R. C.) á que sería necesario recurrir, según observa, pues por ella se regiría el caso, atendido el tiempo en que pasaron estos hechos, siguiendo la resolución los jurisconsultos romanos, Marciano y Paulo, sobre la ingenuidad de los hijos, á los cuales declaraban libres siempre que la madre lo hubiera sido un solo momento desde la concepción hasta el nacimiento de aquellos, declaró también que debían ser tenidos por naturales, cuando los padres, hubiesen podido casar ya fuese al tiempo de la concepción ó del nacimiento.

La primera de estas objeciones no es valedera, porque no habiéndose fundado la capellanía hasta la fecha de la demanda, no podía empezar á correr el término para ejercitarse aquella, el que en ningún caso debería contarse desde el fallecimiento de D<sup>a</sup> Catalina, puesto que nadie había poseído, al menos hasta que el derecho de patronato fué reconocido en favor de la demandada, de lo que solo hacían dos años, habiendo antes estado en pleito. (C. Civil, artículo 4,014.)

Lo que únicamente hubiera quizá podido prescribirse antes de eso habría sido la obligación de fundarse la capellanía por la persona sobre quien pesaba esa obligación ó á quien correspondía cumplirla, pero esto no aprovecharía á la apelante en su pretensión del derecho al patronato, que no podía existir, si la obligación de realizar la fundación



hubiese desaparecido; pero que ella reconocía subsistir, al presentarse solicitando el patronato.

Nadie ha pretendido haber prescripto la obligación de fundar la capellanía de que se trata, lo cual importaría una liberación que solo aprovecharía á los herederos de Spinelli: si lo fuese la demandada, habría renunciado la prescripción por el hecho de solicitar el patronato, el cual supone vigente ciertamente, la indicada obligación; y éste tampoco habría podido prescribirlo en dos años, desde que le fué concedido: mucho menos, cuando como lo hace notar el Fiscal Eclesiástico, se acuerda siempre, sin perjuicio de quien tenga mejor derecho.

En cuanto á la otra observación tendente á demostrar que aunque el derecho de patronato no correspondiese á la demandada tampoco pertenecería á la demandante, pues debería recaer en D<sup>a</sup> Teresa, la cual es hermana mayor, que ha sido reconocida legítima, y que tampoco podría ser declarada bastarda en este juicio, pues no ha figurado como parte, la observación es inconducente.

Para demostrarse ésto, basta tener presente la naturaleza del juicio que se ha seguido, el cual, según se encuentra declarado por auto ejecutoriado de fs. 8, fecha 2 de Setiembre de 1881, no es de reivindicación de cosa mueble ó inmueble, sino de mejor derecho á la posesión de una capellanía.

Ahora bien, ésto establece una diferencia fundamental entre ambos juicios; porque si se tratase de la reivindicación la actora sería obligada so pena de sucumbir en la demanda á justificar plenamente su dominio en la cosa cuestionada, sin que le bastase demostrar que ella no pertenecía á la demandada, pues en caso contrario, á pesar de eso, ésta debería ser absuelta y conservar la posesión del objeto disputado. Art. 2363.

Pero sucede de otra manera en el juicio de mejor derecho: entonces es necesario comparar el derecho del que demanda con el que puede corresponder al demandado, el cual sucumbirá si resultase inferior; y esto es lo que sucede pre-



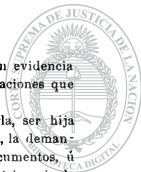
cisamente en el caso actual, como se deduce con evidencia de los autos obrados al respecto y de las observaciones que dejamos consignadas.

Mientras la demandante ha justificado en regla, ser hija legítima de la finada doña Catalina Vasconcelos, la demandada no ha podido establecerlo por falta de documentos, u otra prueba equivalente, respecto al primer matrimonio de su madre, durante el cual nació; ni tampoco mediante esta circunstancia, haber quedado legitimada en el segundo, por no ser hija natural.

Así como doña Teresa, que no ha figurado en este juicio, en calidad de parte, no podría efectivamente ser declarada ilegítima, tampoco debe tomarse en consideración, sino es para dejarlo á salvo, el derecho preferente, que pueda corresponderle, desde que no ha sido deducido: versando pues la cuestión, únicamente entre la reclamante y la poseedora de la capellanía, cuyo derecho resulta inferior al de aquella, en concepto del Fiscal, es justa; y debe confirmarse la sentencia apelada que así lo declara.

Buenos Aires, Setiembre 14 de 1888.

---



## SUMARIO



Exposición del caso : la cuestión consiste en resolver si una capellanía de cuatro mil pesos plata, fundada en 1866, puede ser redimida, abonándose el capital, la mitad en efectivo y la otra mitad en papel.—La ley de 30 de Abril de 1828, al establecer en general esta forma de pago para la cancelación de las obligaciones, exceptuó los capitales impuestos á censo ó destinados á objetos piadosos.—Para lo futuro esta ley permitía expresamente pactar sobre la moneda del pago; y ordenaba se respetase lo estipulado.—Por ley de 12 de Julio de 1839, á consulta del gobierno, se declararon válidos los pagos de los capitales á censo, que se hubiesen verificado, la mitad en efectivo y la otra mitad á papel.—Sentido y alcance de esta disposición; ¿á que clase de censos se refería su resolución?—De ninguna suerte podría aplicarse á los censos establecidos después de la época de la inconvención, con estipulación de moneda metálica para el pago; pues de otra suerte, las mencionadas disposiciones resultarían contradictorias.—No serían por tanto aplicables, en cuanto permitían el pago de la mitad del capital á papel, á la capellanía de que se trata, por haber sido no solamente fundada con posterioridad á la inconvención, sino también establecida en términos expresos, á moneda metálica.—Disposiciones legislativas dictadas en los últimos tiempos al objeto de suprimir los censos y capellanías.—Aunque considerándolos perjudiciales, deseaban su extinción, han procurado no obstante conciliar la libertad de las fincas, con los derechos ya adquiridos.—La ley de 13 de Junio de 1858 para facilitar la redención de las capellanías, no tuvo por objeto determinar la moneda en que aquella se había de hacer, sino la proporción porque debía fijarse el capital con relación á la renta.—Razones especiales que se alegan en el caso presente, para justificar la redención del capital, mitad en efectivo y mitad á papel.—Se expone que así quedó establecido en el arreglo judicial de una testamentaría, que comprendía la finca gravada.—Este fué un error que puede salvarse en cualquier tiempo, pues el auto de aprobación es con calidad de *sin perjuicio*; mucho más no habiendo intervenido el Fiscal en el referido arreglo.—Se pretende negar que la renta del capi-



tal fuese el 5 p<sup>o</sup>o; pero esto resulta probado; lo han reconocido antes los interesados; y en todo caso debe presumirse.—Se invoca la autoridad del Dr. Velez Sarsfield para explicar la ley de 10 de Junio de 1858, en el sentido de que por ella se permita la redención de las capellanías, mitad en efectivo y mitad á papel, cualesquiera que sean la época de su fundación y la moneda estipulada.—Las palabras del Dr. Velez Sarfield en la discusión de dicha ley, al clasificar de injusto el privilegio acordado en la del año de 1828, á los censos y capellanías, no tienen el alcance que se les atribuye, ni apoyan la indicada pretensión.—Se alega también en favor de la redención en la forma expresada, el convenio celebrado entre el poseedor actual y el futuro sucesor; pero este convenio no puede admitirse como válido, desde que perjudicaría á la causa pública.—No es exacto según se alega, que la institución no se menoscabe con reducirse el capital, siempre que quede lo bastante, para costear con su renta, las cargas de la capellanía.—Se apela por último recurso, á la ley de curso forzoso sancionada el año antepasado; pero esta disposición es inaplicable al caso, como se demuestra, con varias consideraciones.

*Erma. Cómara:* — La cuestión que se debate en esta causa consiste en averiguar, si una capellanía de 4.000 *pesos plata*, fundada en 1866, con la renta de 200, pueda ser redimida, abonándose el capital, la mitad en efectivo y la otra mitad en papel moneda corriente, por su valor nominal; ó si por el contrario, el capital debe ser satisfecho íntegramente en efectivo.

A la verdad, el fiscal después de haber examinado atentamente el expediente, haciéndose cargo de los argumentos y observaciones aducidos, ni siquiera encuentra suficientes fundamentos para considerar como dudoso el punto y bastante motivada la discusión que se ha suscitado: pues que no existe, á su juicio, oscuridad alguna en las disposiciones legales concernientes á la materia.

Habiendo suspendido el Banco la conversión de sus billetes en 9 de Enero de 1826, y depreciándose aquellos consiguientemente sobremanera, surgieron, como era natural, dificultades sobre la manera de satisfacerse las obligaciones contraídas antes de ese acontecimiento.

La ley de 30 de Abril de 1828 resolvió que esas obligaciones se chancelasen, abonándose la mitad del capital en efectivo y la otra mitad con papel moneda; exceptuándose sin embar-



go de esa disposición los capitales impuestos á censo y los destinados á objetos piadosos.

Por de contado, esta ley se refiere únicamente en su resolución, á las obligaciones contraídas con anterioridad á la inconvención, pues para lo futuro permitía expresamente, pactar con entera libertad la clase de moneda en que deberían cancelarse; y ordenaba además que en este caso, se observase fielmente lo estipulado.

Sobre el sentido de esta ley se suscitó duda, y á consulta del Ejecutivo se declaró posteriormente por la de 13 de Julio de 1839, que solo tuvo carácter de interina ó provisoria, que debían considerarse definitivamente canceladas las pensiones de los censos pagadas mitad plata y mitad moneda corriente, sin perjuicio de que en oportunidad, la Legislatura volvería á ocuparse de este negocio, lo que sin embargo no sucedió.

Al expresarse esta ley en los términos indicados, se refería únicamente, como la de 1828, en explicación de la cual era dada, á los censos establecidos antes del 9 de Enero de 1826; y al declarar que se considerasen legalmente satisfechas las pensiones por mitad á papel y en efectivo, prometiendo al mismo tiempo otra resolución, parece que aún respecto de los indicados censos anteriores al 9 de Enero de 1826, solo se contraía á los pagos que se hubiesen verificado hasta su fecha, prohibiendo suscitar cuestión sobre su legalidad; pero sin establecer esto mismo para lo sucesivo, ni aún con relación á los censos de la época indicada.

Pero si eso pudiera ser dudoso, no lo es de modo alguno que no trató de establecerlo para los fundados con posterioridad á la época de la inconvención á moneda metálica, pues habiéndolo sido con perfecta legalidad, por hallarse permitido determinar la moneda en todo género de obligaciones, y estando ordenado que en ese caso se guardase fielmente lo convenido, no podía destruir los derechos adquiridos, con permitir que aún en las obligaciones de censos posteriores al 9 de Enero de 1826, y contraídas con determinación de

la moneda á metálico, se pudiese abonar las pensiones en efectivo y con papel por mitad.

Cuando se admitiese, pues, en el caso más favorable á los dueños de censos, el que la ley de 13 de Julio de 1839, equiparase absolutamente á los demás, los capitales de aquellos, lo que resulta sería que podrían cancelarse mitad metálico y mitad papel, cuando hubiesen sido debidos con anterioridad á la inconvención: ó con solo papel por su valor nominal, si siendo posteriores, no se hubiese determinado la moneda en que se debía hacer el pago.

Interpretar las leyes de 30 de Abril de 1828 y 13 de Julio de 1839 en diverso sentido de lo expuesto sería ponerlas en contradicción con los más claros principios de la jurisprudencia, y hacerlas incidir en el absurdo: porque lo sería en efecto, declarar lícita y válida una condición de los contratos, y permitir al mismo tiempo su violación; autorizar el que se pudiese determinar en aquellos la moneda del pago, ordenando que se respetase fielmente lo estipulado; y resolver sin embargo, que fuese legal el pago de un censo verificado por mitad en papel y en efectivo, á pesar de haberse estipulado expresamente ese pago en moneda metálica.

Demostrado, Exma. Cámara, que las indicadas leyes en cuanto establecían sobre la manera de cancelarse las obligaciones de los censos, solo se referían á los creados antes de la inconvención; en todo caso, á los anteriores á su fecha; permitiendo para lo sucesivo pactar libremente sobre la moneda en toda especie de obligaciones, se deduce claramente que solo en esta parte y de ningún modo en las disposiciones especiales que hizo necesaria la inconvención, serían aplicables á la capellanía de que se trata, la cual no solo es posterior á dichas leyes, sino que fué constituida expresamente en moneda metálica: condición que según ellas mismas debía ser respetada en todo contrato y cumplida fielmente.

Por más que en épocas posteriores, el desarrollo de las ideas económicas hiciese comprender lo dañoso de los cen-





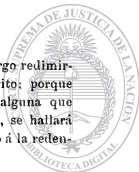
sos y capellanías constituidos sobre bienes raíces, á los cuales inmovilizaban ó amortizaban impidiendo la libre circulación indispensable al progreso, no se ha intentado, sin embargo, suprimirlos arbitraria y violentamente.

Se empezó, como era natural, por prohibir la fundación de nuevos censos ó capellanías que hubiesen de constituirse sobre fincas; y buscándose después la manera de conciliar los intereses del poseedor y de los futuros patronos con lo que exigía la conveniencia pública, se procuró facilitar la extinción ó redención de dichos censos bajo bases equitativas.

Si se hubiera querido acabar inmediatamente con los censos atropellándose por todo, y sin respetarse los derechos adquiridos, habría bastado exonerar al poseedor del deber de satisfacer las pensiones; ó bien permitirle pactar con el futuro patrono sobre la manera de dividirse el capital; pero, como se ha observado, no se trataba de proceder de esa manera, se conservaba la institución aunque modificada; y si bien se descaba extinguir los censos ya establecidos sobre bienes raíces, facilitando su redención, se respetaban en todo los principios de justicia que reglan la propiedad.

Tal fué el objeto de la ley de 10 de Junio de 1858: ella no se ocupa sino incidentalmente de la clase de moneda en que deba hacerse la redención de los censos, refiriéndose á lo que se hallase pactado ó establecido al respecto en el documento, aunque permitía también verificar aquella con fondos públicos del Estado: se contrae principalmente á determinar la suma que ha de entregarse por el poseedor exigiendo que sea tal que al 6 % de interés anual, produzca igual renta á la que daba el censo ó la capellanía al tiempo de la redención.

Inútilmente se aluce, pues, esta ley, para demostrar: que á pesar de haberse constituido la pensión de un censo ó de una capellanía en metálico, y ésto con posterioridad á la fecha de la inconversión, 9 de Enero de 1826, y con posterioridad también á las mencionadas disposiciones de 30 de Abril



de 1828 y 13 de Julio de 1839, pueda sin embargo redimirse en todo ó en parte, á papel por su valor escrito; porque léjos de encontrarse en dicha ley cláusula alguna que preste el más leve apoyo á semejante pretensión, se hallará por el contrario, que distingue también en cuanto á la redención, si la pensión es á papel ó en efectivo.

---

Es verdad que en el caso presente se aducen en favor de la indicada pretensión algunas consideraciones especiales; pero que en realidad no tienen importancia alguna, y que basadas solamente en apreciaciones equivocadas, no alcanzan á justificarla.

Se expone, en primer lugar, que cuando se arregló la testamentaria de D. José Maria Ezcurra, se procedió en la inteligencia de que la capellanía de que se trata, en conformidad á las mencionadas disposiciones legales, era redimible, abonándose su capital, la mitad en plata y la otra mitad en papel.

Este argumento se procura reforzar con la observación de que habiéndose procedido judicialmente en el indicado arreglo, la liquidación de la expresada testamentaria debió ser aprobada, y en efecto fué aprobada por el Juez, con intervención de D. Pedro C. Pereyra, de quien se dice, además, que era muy buen cristiano.

Podía serlo efectivamente; y al fiscal no le asiste dato alguno para negarlo; pero la calidad de buen cristiano no quita el que se puedan cometer grandes errores ó equivocaciones, cuando en un asunto no se prestan toda la atención y reflexión necesarias: ó cuando un perito saliendo de la esfera de su competencia, se ocupa de materias que propiamente no le pertenecen, cual sucederá á un contador que se proponga resolver puntos de derecho.

El auto que aprueba las operaciones concernientes al arreglo y liquidación de una testamentaria, lleva siempre explícita ó



implícitamente, la cláusula de *sin perjuicio, y en cuanto hubiere lugar*; dejando por tanto á salvo el derecho de los interesados para notar en cualquier tiempo el error que se hubiese cometido.

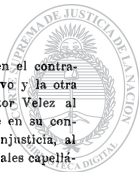
Más en el caso de que se trata, como en dicho arreglo ó liquidación no parece haber intervenido el Ministerio Fiscal, según es indispensable para arreglar la forma de la redención de una capellanía, ni prestado por consiguiente su asentimiento á lo que haya podido tratarse ó convenirse al respecto, entre los herederos ó interesados, bien lejos de producir cosa juzgada, carece absolutamente de valor y viene á ser ahora, con relación á la cuestión pendiente, *res inter alios acta*.

En vano, para, cohonestar dicha pretensión de todo punto irregular, visto el sesgo que tomaba el asunto, y retractando las declaraciones anteriores, se ha pretendido negar que la renta de la capellanía hubiese sido constituida al 5 %, cuando consta que en razón de no haberse determinado bien este punto en la escritura de fundación, se verificó posteriormente por el albacea en un acto complementario; habiéndolo confesado expresamente el demandante en su primer escrito, y debiendo además presumirse, desde que la indicada proporción con la renta del capital, es la que entre nosotros ha regido invariablemente para los censos.

Ni se diga, como se ha indicado inconsideradamente, que el albacea con la fundación de la capellanía, había terminado en esta parte su mandato, y no podía en consecuencia reformar después, ni modificar aquella fundación; la observación sería tal vez exacta, si se tratase de un acto perfecto, mas no sucedía así; antes bien, habiéndose omitido en la escritura una cláusula necesaria, el albacea tenía el deber de subsanar ese defecto, y al verificarlo obraba dentro de sus atribuciones.

Se pretende probar que la ley de 10 de Junio de 1858 permite redimir todos los censos y capellanías, cualquiera que haya sido la época de su fundación, y cualquiera que fue-





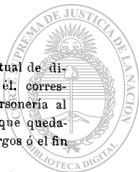
se también, la clase de moneda determinada en el contrato, abonándose el capital, la mitad en efectivo y la otra mitad en papel, por ciertas palabras del doctor Velez al discutirse esa ley, por las cuales manifestó que en su concepto, en la del año 28 se había cometido una injusticia, al eximirse del pago en la indicada forma, los capitales capellánicos ó de fundaciones piadosas.

Pero como la ley del año 28 solo reglaba el pago de las obligaciones contraídas antes del 9 de Enero de 1826, y la indicada excepción respecto á los censos y capellanías, se refería también por consiguiente á los fundados antes de la expresada fecha, es respecto de ellos únicamente, que el doctor Velez encontraba injusta la resolución de que su capital se pagase íntegramente en metálico.

No podía ser en manera alguna, que hablase también de los establecidos con posterioridad á la fecha recordada, porque habiendo permitido tanto la del año 28, cuanto las demás que se dieron al respecto, estipularse libremente en todo género de obligaciones la moneda en que se habían de satisfacer, prescribiendo además el que si se estipulasen á metálico, se observase fielmente lo pactado, el facultarse á pesar de ésto, solamente á los deudores de censos ó capellanías, para que no obstante haberse establecido de un modo expreso á metálico, las redimiesen sin embargo, á papel por su valor nominal, habría sido ciertamente otra injusticia igual á la que criticaba el mismo Dr. Velez en el privilegio acordado en dicha ley del año 28 en favor de los censos y capellanías de fecha anterior á la inconvención, por cuanto los eximia de la regla común y quebrantaba el principio de igualdad.

—

El defensor alega también para demostrar la justicia de la redención proyectada de la capellanía que nos ocupa, en los términos en que pretende verificarse, el convenio de



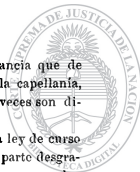
partes, á saber, lo arreglado entre el poseedor actual de dicha capellanía y la persona á quien después de él, correspondería el patronato; negando además toda personería al Fiscal para oponerse al precitado arreglo, desde que quedará siempre asegurado el cumplimiento de los cargos ó el fin para que fué instituida.

Hay en ésto grave equivocación; las capellanías, como cualquiera otra institución piadosa, se consideran de interés público, siendo esta la razon por que la ley exige en términos expresos, la intervención del Fiscal cuando se trate de redimir las; sin duda alguna, á fin de que vigile por la conservación de los capitales sin menoscabo alguno, cuidando de que la redención se verifique con arreglo á las bases en ella establecidas.

Si pues la ley requiere al efecto, un capital que al 6 % anual haya de dar la misma renta que la que produzca la capellanía, cuando se trate de redimirla, no puede prescindirse de esta prescripción en daño público por el menoscabo de la institución por más que medie el convenio de partes, á las cuales solo les es permitido renunciar su propio derecho, más de ninguna suerte el que corresponde á los sucesores, con arreglo á las bases de la fundación.

El defensor confunde las cargas ó pensiones de la capellanía con su renta, que siempre es y debe ser mayor que el importe de aquellas, pues que su diferencia constituye precisamente el provecho ó emolumento que corresponde al patrono, á condición de hacer cumplir las indicadas cargas: de suerte que disminuida la renta, en términos que solo alcance á cubrir los cargos, no habría patrono, ni quien quisiera admitir aquella incumbencia sin retribución alguna.

Al patrono corresponde el usufructo de la finca capellánica ó el interés del capital, no como heredero del anterior poseedor, ni por su voluntad, sino por disposición del que fundó la institución: de manera que ni el actual poseedor, ni el que tiene la expectativa ó por convenio entre ambos, pueden mermar el capital ó reducir la renta; mucho menos,



cuando en todo caso, si ésto fuese lícito, la ganancia que de allí resultase, no correspondería al patrono de la capellanía, sino á los herederos del fundador que muchas veces son diversos.

Por último recurso se acoge el defensor á la ley de curso forzoso sancionada el año antepasado, y en esta parte desgraciadamente ha inducido en error al Juez *a quo*, cuya resolución arreglada, justa y luminosa en todo lo demás, ha venido á escollar en ese punto al declarar como lo hace equivocadamente, que 200 pesos fuertes equivalen á 206 pesos m/n de curso legal.

Para refutar este concepto del Juez *á quo* y la indebida aplicación que hace de la citada ley á la redención de la capellanía de que se trata, bastaría observar que aquella ley se refiere única y exclusivamente, á las obligaciones contraídas *á oro*; mientras que la consignada en la fundación de dicha capellanía, ha sido determinada expresamente *en plata*.

Pero además debe tenerse presente al respecto, que no correspondiendo á los actuales pesos nacionales, los antiguos pesos fuertes, que tampoco existen por haber sido desmonetizados, la mencionada obligación resulta contraída á moneda especial, y no le es aplicable en consecuencia la citada ley de curso forzoso, como en casos análogos lo tiene declarado la Suprema Corte de Justicia.

En conclusión, Exma. Cámara, por las consideraciones expuestas, procediendo V. E. con arreglo á derecho, debe confirmar en lo principal la sentencia apelada; reformándola solamente en la parte en que declara, que la renta que se ha de tomar por base en la redención de la capellanía á que se refiere, consiste en 206 pesos m/n de curso legal; pues debe fijarse en 200 pesos fuertes ó su equivalente en dicha moneda, según su valor corriente el día en que se verifique la redención.

---

# VISTA LXXXI

## PAGO HECHO AL FALSO PROCURADOR

### SUMARIO

Habiéndose extraído del Banco Provincial, fondos depositados en el pertenecientes á una testamentaria, por medio de un poder falsificado, se discute sobre quien hayan de recaer los efectos de la estafa, si sobre el Banco, el cual deba ser obligado á pagar de nuevo; ó sobre la sucesión, teniendo por válido, el pago realizado por éste al falso mandatario.

*Exma. Cámara:*—El expediente de que V. E. se ha servido comunicar vista al Fiscal, instruye de una estafa cometida por José Melera tomando el nombre de D. Fidel Constante Calippe en virtud de un poder falsificado, con el cual ocurrió al Banco de la Provincia, donde éste tenía depositados cuatro mil quinientos pesos fuertes, que consiguió sacar con engaño, y de los que ha dispuesto en su mayor parte, pues de esa suma solo existen cuarenta mil pesos moneda corriente, embargados en el Banco de Londres y Río de la Plata; habiéndose marchado á Europa el reo hace ya varios años.

La referida falsificación, se ha descubierto completamente y de un modo indudable; porque apareciendo otorgado el indicado poder en escritura pública que lleva la fecha de 3 de Agosto de 1876, por la partida de defunción del mencionado Calippe resulta que éste había fallecido dos días antes, á saber, el 1º del mismo Agosto; y además, porque comparada la firma que tenía registrada en el Banco, se encuentra que



es de todo punto desemejante de la que suscribe en el protocolo, la escritura del expresado poder.

Ahora bien, el curador de la herencia, sin reflexionar seguramente lo bastante, y procediendo equivocadamente, ha dirigido sus acciones civiles contra el ausente, ó mas bien dicho prófugo Melera: que no teniendo aquí otros bienes con que responder á la reclamación, que la indicada cantidad embargada, de todo punto insuficiente para pagarse el crédito de Calippe, este crédito quedará precisamente en descubierto: de suerte que, á pesar de haber obtenido en el asunto resolución favorable, condenándose al ausente á abonar la deuda que se le cobra, tal resolución será completamente ilusoria.

Se ha dicho que el curador de la herencia no había reflexionado lo bastante sobre el procedimiento que le convenia seguir en el caso ocurrido, y que ha obrado equivocadamente, al dirigir sus acciones contra el prófugo Melera: así sucede efectivamente, pues siendo aquellas expeditas contra un deudor tan solvente como el Banco, el demandado por el contrario, carecía aquí de bienes, y ninguna acción podía corresponder contra él al curador, á menos de reconocer de un modo gratuito é inexacto, que la estafada hubiera sido la sucesión de Calippe.

Por una parte, el depósito de la indicada cantidad que éste tuvo en el Banco Provincial, es indudable, pues el establecimiento lo reconoce, y debe constar también en sus propios libros; por otra, no ha podido de modo alguno exonerarse de la obligación, por la entrega de aquella cantidad, á quien ahora resulta que no era apoderado de Calippe, sino que engañó al Banco por medio de un documento falso; porque según Derecho, el pago, para que produzca sus efectos legales, y extinga la obligación, debe ser hecho al *deudor ó á su legítimo representante, cuando lo hubiese constituido para recibirlo.* (Cód. Civil art. 731).

Ni se diga que el Banco procediendo con arreglo á una escritura pública que le fué presentada, exenta de todo defecto



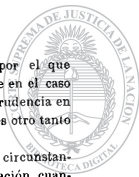


en su forma externa, obró prudentemente, y de la mejor buena fe; en consideración á la cual debe, en justicia, obtener su liberación, aún cuando engañado, se haya entendido para verificar el pago, con quien en realidad no era verdadero apoderado del acreedor, pues así lo resuelve el Derecho en muchos casos análogos; porque esta doctrina no es aplicable al que nos ocupa.

Se tienen efectivamente por válidos en favor de terceros, los actos celebrados por el socio administrador, después que por haber sido removido, ha dejado de serlo sin saberlo aquellos; y los del mandatario, cuando su poder ha cesado por revocación ó muerte del mandante, que tampoco se les ha hecho saber, ni ellos han podido conocer. Pero es de notarse que en todos estos casos, se trata de individuos que han ejercido realmente funciones procuratorias ó que han investido el caracter de apoderados con poderes verdaderos, cuyos efectos legales no podían cesar con relación á las personas, que no conocían el hecho que hubiese puesto término al mandato.

Más esta doctrina no es aplicable al que jamás ha sido legítimo representante de una persona, y sus actos no pueden obligarla de modo alguno, por más que sorprendiendo la buena fe de algunos, hubiese conseguido contratar con ellos, á nombre de aquélla, y éstos hubiesen obrado razonablemente, sin serles imputable culpa de cualquier especie; ni él podría tampoco, por igual razón, desobligar á los deudores, recibiendo válidamente el pago que se le hiciera, ó practicando cualquier acto de liberación.

La indicada doctrina, explicada en los términos en que la acepta la jurisprudencia, no es aplicable exclusivamente á la validez del pago, sino que es extensiva á cualquier acto jurídico de administración, enajenación ó liberación celebrado por mandatario. Ahora bien, ¿quién sostendría por ejemplo, el valor de la venta de una finca hecha por un falso apoderado, que jamás tuvo poderes, del dueño? ¿Quién tendría por válidos la novación, la compensación, la transacción y



demás actos jurídicos semejantes, celebrados por el que nunca fué verdadero apoderado, solamente porque en el caso de que se tratara, no hubiese habido culpa ó imprudencia en el que contrató con él? Nadie ciertamente : pues otro tanto debe decirse del pago.

El dolo y la culpa ó la falta de uno y otra son circunstancias que ciertamente deben tomarse en consideración, cuando se trata en los contratos, de la pérdida ó deterioro de la cosa que formaba su objeto; ó bien, de la indemnización de perjuicios por haberse dejado de cumplir aquéllos, pero no pueden influir en el caso presente, en que la obligación se refiere á una suma de dinero, y en que sin pretender imponerse al Banco, responsabilidad alguna por daños y perjuicios, se limitase la reclamación contra él, á la devolución de la cantidad recibida y mal pagada, á quien no tenía autorización para recibirla.

Tampoco la buena fe puede validar de por sí los actos jurídicos, afectados de nulidad por falta de personería en los que los celebraron; sino en los casos en que la ley lo determina especialmente, cual sucede respecto del pago hecho por ignorancia excusable al que había dejado de ser apoderado, atribuyéndosele eficacia bastante para producir la liberación; pero sin que como antes se ha observado, esa prescripción pueda jamás hacerse extensiva á los actos celebrados con el que nunca fué apoderado, ni representante legítimo de la persona cuyo nombre hubiese tomado, y con quien se entendió contratar.

Si las acciones de la testamentaria de Calippe contra el Banco son manifiestamente expeditas, es evidente también que ningunas le asisten á su representante contra el prófugo Melera; pues no procederían ni de contrato, ni de delito: no del primero, porque ninguno ha tenido con él; ni del segundo porque no hay razón alguna para admitir que la testamentaria y no el Banco ha sido la estafada.

Tuvo por tanto, razón el curador para insinuar que el pago hecho por aquél había sido nulo, y que de consiguiente la

testamentaria conservaba intactas sus acciones contra él; pero no tiene fundamento en continuar este pleito, empeñándose en constituir deudor á Melera, con grave perjuicio de aquella en sus intereses.

Síguese de lo expuesto que es equivocada la sentencia apelada, al declarar procedentes contra el ausente las acciones mal deducidas por el representante de la testamentaria, cuando en realidad, consultando la conveniencia de ésta, debió dirigirlas contra el Banco y que, en consecuencia el Tribunal para salvar este error se halla en el deber de revocar dicha resolución, absolviendo en justicia al demandado.

Buenos Aires, Setiembre 15 de 1886.





## SUMARIO



La sucesión de D. Miguel Irigoyen reclama como de su propiedad un terreno que ocupan la Casa de Ejercicios y el Hospital de mujeres.—La demanda se funda en que dicho terreno perteneció en común á los causantes de la demandante y demandados.—De ese antecedente solo se deduciría que el terreno corresponde á éstos en común; pero se pretende que por un acto especial se adjudicó á Irigoyen.—No aparece sin embargo tal adjudicación, ni el que esa parte quedase indivisa en la partición de un lote mayor en que se hallaba comprendida.—De los documentos relativos á esto solo se deducen ciertas indicaciones que parecen favorecer á la sucesión demandante.—Resulta empero que tales indicaciones son manifiestamente equivocadas.—Además son contrarrestadas por otros datos de más importancia que se enumeran.—Entre tanto constando que hubo partición; y habiendo los demandados poseído exclusivamente por más de veinte años el terreno cuestionado, lo habrían prescripto.—No obsta al efecto el que á la muerte de Irigoyen, sus hijos fuesen menores de edad, y el que según el Código, la prescripción no corra contra éstos.—En el caso *sub judice*, la prescripción estaría sujeta á las disposiciones de la antigua Legislación.—Según el Derecho Español, aunque tampoco corría contra menores la prescripción ordinaria, se exceptuaba el caso de haber empezado ya á correr contra sus causantes.—Esta excepción sería aplicable al de que se trata, por cuanto aquella habría empezado á correr contra Irigoyen.—Los menores llegando á la mayor edad durante un cuatrienio, habrían tenido restitución *in integrum*.—En el presente caso sin embargo, el cuatrienio se habría vencido sin que los interesados hubiesen deducido el expresado recurso.

*Exma. Cámara:*—La sucesión de D. Miguel Irigoyen entabló demanda de reivindicación contra la casa de Ejercicios y el Hospital de mujeres por un terreno de veintiuna y tres cuartas varas de frente sobre la calle de Zeballos, con

cincuenta y cuatro de fondo, lindando por el Este y por el Norte con propiedad de los mismos demandantes, y por el Sud con los demandados.

Fundaba su derecho dicha sucesión en que habiendo formado parte el indicado terreno de otro mayor comprendido entre las calles de Zeballos, Lorea, Rivadavia y Victoria, el cual perteneció en común á D. Antonio Cajigas y D. Francisco Herrero, causante de la expresada sucesión y de los establecimientos demandados, al verificarse la partición en 1835 el terreno reclamado habia quedado sin dividirse y continuó siendo poseido en común por los sucesores de los primitivos dueños.

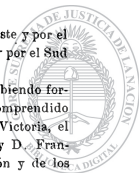
Surge desde luego la observación de que, dados los antecedentes que se han referido, la consecuencia sería que el mencionado terreno debiera dividirse entre los sucesores de Herrero y de Cajigas, sin pertenecer exclusivamente á estos últimos; pero se agrega que por el acto de la partición fué adjudicado á éste, sin habérsele entregado sin embargo.

En demostración de ésto, se alega que habiéndose tasado el lote de terreno que cupo al mencionado Cajigas con sesenta y siete y cuarta varas á la calle de Zeballos consta de una manera indudable, que solamente le fueron entregadas cuarenta y seis y media.

Efectivamente en la indicada tasación se previene que el lote de Cajigas sobre la calle de Zeballos se compone por una parte de un terreno con diez y siete y media varas de frente y por otra de uno con cuarenta y nueve y tres cuartas varas que hacen juntos un total de sesenta y siete y media varas.

Manifiestamente sin embargo, esto es una equivocación; porque constando todo el frente del terreno que se dividía de ciento cuarenta varas sobre la calle de Zeballos; y habiéndose adjudicado á Herrero noventa y cuatro varas no podrían quedar para Cajigas, sino cuarenta y seis.

La misma tasación alegada por los demandantes, la cual en realidad no contiene el valor de dichas sesenta y siete





y cuarta varas habla con variedad, y tan pronto indica esta extensión como determina la de cuarenta y seis varas, que es la verdadera, porque concluyendo por referirse á los planos de los terrenos adjudicados, que se conservan y obran en autos, éstos no le daban á Cajigas mas de cuarenta y seis varas á la calle de Zeballos que con las noventa y cuatro que señalaban á Herrero, hacen el total de ciento cuarenta, de que constaba el terreno dividido.

Hay en autos otros muchos antecedentes é indicaciones que apoyando esta explicación no dejan lugar á duda, tales son : 1º Que tasándose con relación á uno y otro lote, la zanja abierta sobre la calle de Zeballos para levantar la pared, á razón de cuatro reales, la vara de zanja, mientras que á Herrero se le carga el valor de noventa y cuatro varas, á Cajigas solo se le imputa el de cuarenta y seis.

2º Siendo base establecida previamente para la división, el que ésta debería verificarse respetándose el edificio, se observa que donde terminan á la parte Sud las cuarenta y seis varas sobre la calle de Zeballos del terreno adjudicado á Cajigas, se encontraba una pared que corriendo de Este á Oeste, lo dividía del lote de Herrero: sobre cuya pared se adjudicaba á ambos interesados la medianería; lo que ciertamente no podía hacerse, sino determinándose la indicada pared, como divisoria entre ambos lotes.

3º En fin, en la referida tasación se declara repetidas veces y del modo más expreso que el terreno de Cajigas teniendo más frente sobre la plaza, que sobre la calle de Zeballos, hacía un martillo de más de veinte varas mientras que, ésto de ningún modo podría ser, adjudicándose también á Cajigas el terreno disputado sobre la calle de Zeballos.

De todas maneras, Exmo. Señor, es evidente que dicho terreno comprendido en las noventa y cuatro varas á la calle de Zeballos adjudicadas á Herrero le fué entregado; y por más que se pretenda lo contrario, es manifiesto que lo han poseído exclusivamente, él y sus sucesores, con buena fe y



justo título, desde 1836, y que de consiguiente lo habrían prescripto.

Es imposible admitir la posesión promiscua, que los demandantes suponen haber continuado ejerciendo en el terreno cuestionado, ya porque, por el hecho de entablar la acción reivindicatoria reconocían la posesión en los demandados, porque ésta era ejercida por los sucesores de Herrero dentro de muros declarados y respetados como medianeros.

Los mismos sucesores de Irigoyen, confiesan que no recibieron sino el terreno que determina el plano, y que aún ignoraron el que sus títulos, les concediesen mayor derecho hasta 1864, en que examinándolos descubrieron ese derecho.

Si pues ignoraban que fuesen dueños del terreno disputado, mal pueden pretender haberlo poseído, lo cual consiste en retenerlo en el concepto de dueño y reputándose tal.

Vice versa, si hubiesen poseído el terreno de que se trata, disponiendo de él como de cosa propia, y en el concepto de dueños, aunque hubiera sido mancomunadamente con los sucesores de Herrero, no habrían podido ignorar seguramente el que les asistiese algún derecho sobre el terreno de que disponían.

Para desviar la prescripción, que mediando buena fe y justo título en los sucesores de Herrero, se habría consumado seguramente en los veinte y nueve años que corrieron desde 1835, en que se verificó la división, y aquellos entraron en posesión exclusiva de la parte que se les adjudicó, hasta 1864 en que recién se entabló la demanda, observan los demandantes que habiendo fallecido su padre D. Miguel Irigoyen, poco después de haber adquirido los derechos de Cajigas del concurso que se le formó, ellos quedaron en la menor edad sin que pudiera durante ésta, correrles el término de la prescripción ordinaria.

Pero aunque por el nuevo Código Civil que hoy rige, la prescripción ordinaria no corre efectivamente contra menores, no sucedía lo mismo por la antigua Legislación bajo la



cual se inició y con arreglo á cuyas disposiciones debe juzgarse en el caso de que se trata.

En efecto, según la Legislación Española aunque en regla general la prescripción ordinaria, no corría contra menores, ni éstos podían perder sus cosas por tiempo, cuando se había iniciado contra su antecesor, continuaba contra ellos si bien llegados á la mayor edad se les concedían cuatro años para pedir restitución.

No es, pues, exacto en el caso de que se trata, que la prescripción no haya corrido contra los demandantes durante su menor edad, después del fallecimiento del padre, contra el cual habría empezado, y aunque es cierto que en oportunidad hubieran podido solicitar restitución *in integrum* contra el descuido de su tutor ó curador, ellos no entablaron ese recurso.

El Fiscal encuentra pues acertada la resolución de que se apela pronunciada en 1ª Instancia, que declara definitivamente, no haber lugar á la enunciada demanda reivindicatoria contra la Casa de Ejercicios y el Hospital de mujeres; opinando por las consideraciones expuestas, que V. E. en justicia debe confirmarla.

Buenos Aires. Octubre 13 de 1884.

## EXPROPIACIÓN IRREGULAR DE UN TERRENO

## SUMARIO

Relación del caso: siendo demandada la empresa del Ferro-Carril del Norte, por indemnización del valor de unos terrenos que ocupa en San Isidro, denominados «del Santo», aunque reconoce haberse apoderado efectivamente de ellos, se niega á la indemnización, alegando que el Gobierno lo tenia cedidos los terrenos de propiedad pública que ocupase la vía; y que dichos terrenos fueron declarados públicos por decreto de 13 de Julio de 1864.— Esto sin embargo no es exacto, pues aunque el citado decreto fué expedido en mérito de una vista fiscal, en la cual se mencionaban como públicos aquellos terrenos, la resolución se redujo á declarar públicos los terrenos de ejidos en los pueblos de campaña, que sin ser de propiedad particular, fuesen conocidos por alguna denominación especial.— Respecto á los terrenos de que se trata, consta por documentos auténticos que remontan á 1706, haber pertenecido á D. Domingo de Ascazuso, quien los donó á la iglesia de San Isidro.—No quedaban por tanto comprendidos en dicha declaración, ni hay por esto tampoco, necesidad de examinar la constitucionalidad del enunciado decreto, en verdad mas que dudosa; porque el determinar por reglas generales, las cosas que pertenecen al dominio público, es sin duda alguna atribución legislativa.—Aunque las cosas hubiesen pasado de esa manera; y el Gobierno realmente, anulando legítimos títulos, hubiese conferido uno nuevo á la empresa demandada, la cuestión debía resolverse en justicia, desconociéndose la validez de tales actos.—No es exacto que ésto excediese las facultades de los tribunales ordinarios, por corresponder exclusivamente á la Suprema Corte Provincial; pues en tales casos, ésta ejercía unas veces, jurisdicción originaria y otras solamente por apelación.—Tan falso es con todo, que el Ejecutivo por el mencionado decreto de 13 de Julio de 1864, declarase públicos los terrenos denominados «del Santo», que por el contrario, reconociéndolos más tarde, como pertenecientes á una capellanía, la mandó redimir por decreto de 7 de Abril de 1865; y posteriormente, en acuerdo de 1º de Febrero de 1872, se determinó también la manera de





procederse á la indicada redención.—Sin embargo, en este acuerdo del Gobierno, se cometió el error de considerar capellánicos los terrenos de que se trata, siendo así que la capellanía se hallaba constituida en otras fincas; y aquellos eran la dotación de la iglesia, según lo manifiestan los títulos.—Si, pues, se ha reconocido personería en este asunto, al patrono de la capellanía, que lo era también de la capilla, hace entenderse solamente, para defender la institución; mas no, para percibir el valor de la indemnización que reclama, el cual debe depositarse, con conocimiento de la autoridad eclesiástica, á fin de que continúe sirviendo al destino á que se encuentra afectado.

*Exma. Cámara:* -- D. José del Valle, como procurador de don Nicanor Joaquín Arévalo, patrono de la capellanía denominada de «San Isidro Labrador», en el pueblo del mismo nombre, se presentó demandando á la Empresa del Ferro-carril del Norte, por indemnización del valor de los terrenos pertenecientes á dicha capellanía, que aquella había ocupado con la vía, sin abonarlos previamente.

La referida Empresa, después de muchas evasivas y de diversas articulaciones dilatorias, que fueron resueltas siempre en su contra, tanto en primera como en segunda instancia; y que sin embargo, han entorpecido y prolongado sobremanera, este asunto sencillísimo, contestó al fin la demanda, reconociendo explícitamente, haber ocupado en efecto, una porción de los expresados terrenos; pero negándose con todo á abonarlos, en razón de que habiéndole cedido por una parte el gobierno, los terrenos de propiedad pública que atravesase la vía férrea, por otra el mismo gobierno había también declarado públicos por decreto de 13 de Julio de 1864, los que se denominan «del Santo» en el pueblo de San Isidro.

Esto sin embargo no resulta exacto, porque el citado decreto, resolviendo en términos generales, solo declaró de propiedad pública, los terrenos de ejidos en los pueblos de campaña, que sin ser de propiedad particular, fuesen conocidos por alguna denominación especial; mientras que con respecto á los terrenos en cuestión, si bien es verdad que son conocidos por una denominación especial, pues se llaman «del Santo», está averiguado y se comprueba por títu-



los auténticos en escrituras públicas, que remontan al año 6 del siglo pasado, en que habiendo salido del dominio fiscal, vinieron á constituir propiedad particular de D. Domingo de Ascazuso, quien al fundar, como lo hizo en legal forma, la capilla, hoy parroquia de San Isidro, se los donó con el objeto de formar una renta.

Es cierto que el Fiscal de Gobierno, á propósito de otro terreno que se consideraba sin dueño, al proponer la indicada declaración contenida en el precitado decreto de 13 de Julio de 1864, mencionaba especialmente, y opinaba que vendrían á quedar comprendidos en ella, tanto los que en las Conchas se llaman «del Pueblo», y en Lujan «de la Virgen», como los denominados «del Santo» en San Isidro; mas á pesar de ésto, la verdad es también que el citado decreto, sin descender á tales detalles, ni hacer aplicación á los terrenos de que se trata, se limitó solo á declarar genéricamente y en abstracto, el principio, la doctrina ó la regla, que debía regir en los casos que ocurrieran.

Grave dificultad ofrecería al Fiscal el examen de la constitucionalidad del mencionado decreto, ó mas bien dicho, la defensa de la validez del mismo, si para la resolución del caso presente, fuese indispensable entrar en aquél; pues, á su juicio, la determinación por reglas generales, de las cosas que pertenecen al dominio público, entre ellas, de las que deban considerarse sin dueño, es materia de ley, y no de actos administrativos del Ejecutivo.

Este puede sin duda, resolver en particular, á propósito de casos ocurrentes á los objetos de la administración ó como línea de conducta que haya de observar, si considera ó no públicos tales ó cuales terrenos; pero sin que estas resoluciones puedan introducir principios nuevos en la Legislación, ni alcancen á anular títulos válidos y legítimos, en virtud de los cuales la Iglesia, las Municipalidades, ú otra cualquier corporación aprobada ó persona privada los posea en propiedad.

Si, pues, el Ejecutivo Provincial hubiese declarado efec-





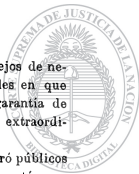
tivamente, del dominio público y cedido á la Empresa del Ferro-carril del Norte, hoy demandada, los terrenos de que se trata, que por documentos auténticos fehacientes, resultan de propiedad particular, la cuestión no podría resolverse en justicia, sin descender al estudio comparativo de los títulos invocados por ambos contendores, para fijar el valor relativo de aquellos; y venir entonces en reconocimiento de los que habiesen de obtener la preferencia.

Sobre este punto observaba la parte demandada, oponiéndolo como nueva excepción dilatoria, el que los Tribunales ordinarios serían incompetentes para entrar en semejante cuestión, que la ley había reservado á la Suprema Corte Provincial, pero esta observación era inexacta, porque la ley no había atribuido á dicho Tribunal una jurisdicción exclusiva en casos tales, sino originaria unas veces, y otras solamente en apelación.

Lo que hay de especial en la Ley de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, como puede observarse en el art. 339, es que separándose de la práctica existente en Estados Unidos, cuando se trata de leyes reglamentarias y de actos administrativos inconstitucionales ó que perjudiquen derechos particulares, los interesados, sin esperar la ejecución de tales medidas, puedan ocurrir directamente á los Tribunales, y promover desde luego, la cuestión constitucional; en cuyo caso deben dirigirse en su reclamación á la Corte Suprema.

Esto no importa sin embargo en manera alguna, establecer ó resolver que la misma cuestión no pueda venir á propósito de tales actos indirecta é incidentalmente, en asuntos que se ventilen en los Tribunales ordinarios, ó que éstos sean entonces incompetentes para resolverla, cuando de ningún modo podrían evitarlo, desde que por declaración expresa, son obligados á juzgar, con preferencia á cualquier otra ley ó acto administrativo, en oposición, por la Constitución que es ley suprema.

La ley misma resuelve lo contrario en el art. 340, en cu-



vos incisos previéndose precisamente este caso, lejos de negarse competencia para resolverlo á los Tribunales en que ocurra, lo que se establece para conservar la garantía de acierto en la resolución, es que pueda ocurrirse extraordinariamente por apelación, á la Suprema Corte.

Mas en el caso *sub-judice*, el Ejecutivo no declaró públicos los terrenos en cuestión; y lo que es más, hoy dia está comprobado hasta la evidencia, que tampoco habria podido hacerlo con justicia, y sin atropellar la propiedad de la Iglesia que se halla amparada por legítimos títulos; porque las consideraciones que en sentido contrario aduce la parte demandada y la teoría de las manos muertas que con este motivo desarrolla, son incompatibles con las garantías consignadas en la Constitución, y de todo punto extrañas á los principios del Derecho Civil.

Tan falso es, Exma. Cámara, que el Gobierno por el citado decreto de 13 de Julio de 1864, hubiese declarado de propiedad pública los terrenos denominados «del Santo», en el pueblo de San Isidro, que antes bien, por el contrario, aparece que posteriormente, por decreto de 7 de Abril de 1865 los mandó expropiar, redimiéndose en la forma prescripta por las leyes vigentes, la capellanía que entendía hallarse constituida sobre ellos; medida en la cual se proponía por cierto, favorecer el progreso y crecimiento de la mencionada población; pero en la que reconocía también explícitamente, que no pertenecían al dominio público: de otra suerte ¿cómo podrían expropiarse?

Todavía mucho después, á saber, en 1<sup>o</sup> de Febrero de 1872, según aparece de uno de los expedientes agregados, se celebró un acuerdo de gobierno, con asistencia del Fiscal y del Asesor, al objeto de determinarse la manera en que de conformidad á lo ordenado por dicho decreto de 7 de Abril de 1865, debía procederse á la redención de la indicada capellanía; lo cual se acordó efectivamente; pero sin que esa medida se haya llevado no obstante á ejecución.

Si pues, el Gobierno mismo reconociendo una propiedad



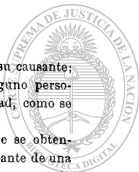
ajena, no se ha considerado facultado para atropellarla, despojando violentamente á la Iglesia, so pretexto de interés público; sino que ha buscado la forma legal de adquirir los terrenos de que se trata, previa la indemnización que correspondiese en justicia, mal puede la Empresa del Ferro-Carril del Norte, diciéndose cesionaria de aquél, eximirse de esta indemnización, en cuanto le toque por la parte que ha ocupado de los expresados terrenos; porque nunca corresponderían al cesionario derechos mejores ó más extensos, que los que pertenecían al cedente.

Sobre este acuerdo que el Fiscal acaba de mencionar, se considera en el deber de consignar ciertas observaciones indispensables al objeto de resguardar los derechos é intereses de la parroquia de San Isidro, que encuentra hasta cierto punto comprometidos por un error de hecho en que se ha incidido, y sobre el cual se viene procediendo.

Tal es el de considerar los enunciados terrenos como parte de la capellanía establecida por Ascazuso en 1706, con capital de cuatro mil pesos, á los objetos que determinaba, pues esto en realidad no es así. Aquél según parece de las escrituras, hizo dos cosas relacionadas entre sí, pero muy diversas. Fundó la capilla de San Isidro, dotándola con los terrenos en cuestión, cuya renta debía aplicarse á su sostenimiento y al del Capellan; y además estableció sobre otras fincas dicha capellanía.

Así pues, los terrenos de que se trata son propiedad de la Iglesia, que aunque prohibidos de enajenar, podrían no obstante ser expropiados por causa de utilidad pública, en forma legal; porque las disposiciones particulares nunca alcanzaron á restringir el dominio eminente del soberano; pero no quedarían adquiridos para el Estado, por redención de la capellanía, en la cual no se comprenden.

Conviene observar también, que el haber reconocido V. E. personería en este asunto al señor Arévalo, para gestionar la indemnización que reclama, debe entenderse en beneficio de la capilla y en calidad de Patrono, á quién le incumbe



por cierto, defender la institución fundada por su causante; más no en el sentido de que le asista interés alguno personal, pues que ninguno le corresponde en realidad, como se dijo con toda exactitud en el referido acuerdo.

Así es que el importe de la indemnización, que se obtenga de la Empresa demandada, en calidad de ocupante de una parte de los expresados terrenos de la capilla, hoy parroquia de San Isidro, no debe entregarse de modo alguno al señor Arévalo, que no aparece autorizado para recibirlo; sino mandarse depositar con conocimiento de la autoridad eclesiástica, para que convertido en renta, ó en la forma que corresponda, continúe sirviendo al destino á que se encuentra afectado.

En conformidad á las consideraciones expuestas que se deducen del mérito de autos, y no obstante lo alegado en contrario, que estima de ningún momento, el Fiscal concluye solicitando la confirmación con las costas del recurso, de la sentencia apelada, en que se ordena la indemnización reclamada; y pide al mismo tiempo la adopción de las medidas que deja indicadas.

Buenos Aires, Agosto 5 de 1887.

---

# VISTA LXXXIV

## DEUDAS DE MENORES

### SUMARIO

Relación del caso: demandándose el pago de la deuda, de una sucesión en que hay menores interesados, solo se comprobaba con los libros del acreedor.—Sin embargo, no habiendo contestado la demanda, el representante de la sucesión, ni concurrido á absolver posiciones, la testamentaria fué condenada.—Habiendo apelado el defensor, observa que en casos tales, la pena de ser tenido el rebelde por confeso, solo es aplicable cuando es el mismo dueño del pleito quien incurre en rebeldía.—Que exigiendo el reconocimiento de una deuda autorización especial, el procurador no podría hacerlo, ni expresa ni tácitamente, á menos de hallarse facultado.—En sentido contrario puede decirse que el poder para contestar la demanda, como la facultad de absolver posiciones, importa autorización para confesar el contenido de aquella.—Haciendo el procurador la misma persona que el mandante, éste se responsabiliza por la conducta de aquél y debe sufrir las condenaciones civiles que sobre él recaigan.—Estas doctrinas sin embargo no son aplicables á menores, ya porque sus representantes no pueden reconocer ninguna deuda no comprobada, como porque la representación que éstos invisten no es completa.—Exigiéndose la intervención del defensor para la validez de cualquier acto que puede perjudicar á incapaces, y no habiendo éste en el caso *sub-judice*, reconocido la deuda que se reclama, no ha debido darse por comprobada.

*Exma. Cámara :* — Los señores Olaso y Ayarragaray mandaron á la testamentaria del finado don Angel B. Vela por el pago de una cuenta de mercaderías importante la cantidad de 650 pesos con 17 centavos m/n., y comunicado traslado de la demanda al representante de la sucesión, éste no la contestó ni concurrió tampoco más tarde á absolver posiciones que le fueron propuestas, aunque fué citado en





forma; circunstancias por las cuales fué condenada en definitiva la testamentaria al pago de la suma que se le reclamaba.

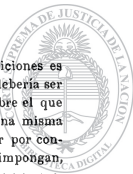
Sin embargo, el Asesor de Menores, en lo que concernía á sus representados, lejos de confesar una deuda que no le constaba, pidió en oportunidad según correspondía, el que ésta se acreditase legalmente, y habiendo recaído á mérito de la rebeldía del representante de la sucesión, la indicada resolución, interpuso para ante V. E. el recurso de apelación que le fué concedido libremente.

Expresando agravios observa que puesto que según las disposiciones del Código Civil, el reconocimiento de una deuda por el mandatario ó el administrador, requiere una autorización especial, de que carecía el representante de la sucesión, mal puede declararse á ésta confesa sobre la deuda que se le cobra, por haber dejado aquél de contestar la demanda y de absolver las posiciones propuestas; pues esto importaría admitir un reconocimiento tácito, por parte de quien no podía verificarlo, ni aún expreso.

Es cierto que el reconocimiento de una obligación requiere autorización especial; pero desde que según derecho la contestación á la demanda se ha de hacer confesando ó negando su contenido, el conferir poder para contestar una demanda, á no restringirse los términos de aquél, contiene implícitamente la facultad de reconocer y confesar la obligación; no obstante que obrando abusivamente el procurador, y separándose de las instrucciones recibidas, pueda y deba ser responsable á su poderdante.

Otro tanto debe decirse de la autorización para absolver posiciones; pues que, siendo éstas propuestas casi siempre para arrancar una confesión á la parte contraria, el conferir dicha autorización, vale tanto como facultar al procurador para confesar los hechos sobre los cuales se le pregunta, que muchas veces serán suficientes á acreditar el derecho que se cuestiona.

Verdad es que la confesión ficta derivada de la falta de



contestación á la demanda ó de respuesta á las posiciones es una pena de la rebeldía; y como tal parece que debería ser personal, que sus efectos deberían solo recaer sobre el que incurra en ella; pero el procurador se considera una misma persona con la del mandante; y éste debe soportar por consiguiente las condenaciones civiles que á aquél se impongan, sin lo cual sería imposible la secuela de los juicios por medio de representante.

Pero si bien todo esto es cierto, y en el caso presente demostraría que la sucesión debe soportar los resultados de la negligencia de su representante, no sería aplicable, con todo, á los menores patrocinados por el Asesor, porque no pudiendo él, ni el tutor reconocer ó confesar deuda alguna contra aquellos, sin que antes se acredite legalmente, tampoco habrían podido conferir á nadie una facultad de que ellos mismos carecen: *potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*; puede cualquiera hacer por medio de otro, lo que podría hacer por sí mismo; y á la inversa, no podría realizar válidamente por tercera persona, lo que á él mismo no le sería permitido.

No es aplicable á la representación de menores por medio de procurador, la observación de que constituyendo una misma persona, éste con su mandante, es necesario que aquél se responsabilice por los actos del representante, y que se someta á las condenaciones civiles que puedan recaer sobre él por su negligencia ó rebeldía, como sucede respecto de los mayores de edad; pues aunque hoy los menores no gocen privilegio alguno, en cambio la ley protege á los incapaces dándoles un defensor especial, sin cuya intervención no sería válido lo que se hiciera en su daño; y el cual puede además subsanar los descuidos del tutor, curador ó representante.

La representación de todos éstos no es, pues, omnímoda ni exclusiva; sino que se ejerce bajo la inspección del defensor, que en el caso presente, cumpliendo los deberes de su oficio, exigió en oportunidad el que se comprobase legal-

mente la deuda que se cobraba; y lejos de haberla reconocido por su parte en manera alguna, manifestó desde luego, la insuficiencia del único justificativo que se producía por el acreedor demandante, á saber, la compulsa de sus propios libros.

Inútil sería ciertamente, la intervención del defensor que la ley hace indispensable en todo cuanto pueda afectar los intereses de menores, á fin de que vigile por ellos, si por otra parte, el tutor ó cualquier representante de éstos por un descuido ó por colusión con el adversario en el juicio, pudiese comprometer irreparablemente los derechos de aquellos por ejemplo, como ha sucedido esta vez, dejando de contestar la demanda en el término legal, ó de concurrir á absolver posiciones, despues de haber sido citado en forma.

Resulta de aquí que de ninguna suerte podría considerarse al representante de la sucesión autorizado para reconocer la deuda de que se trata, en lo que concierne á los menores interesados en aquella; y que de consiguiente, tampoco habría podido hacer de un modo válido ese reconocimiento, ni expresa ni tácitamente.

Tiene, pues, razón el Asesor de menores en concepto del Fiscal, al quejarse de la resolución apelada en cuanto á éstos perjudica, dando por comprobada la deuda que se cobra, á mérito solamente del descuido ó rebeldía del representante de la sucesión; y en esa parte debe revocarse indudablemente.

Buenos Aires, Diciembre 4 de 1888.

---

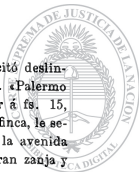




## SUMARIO

Relación del caso: hecha mensura de un terreno, cuyos títulos determinaban la extensión, designando al mismo tiempo límites ciertos, y entre éstos el Río de la Plata, resulta mucha mayor extensión que la indicada.—Esto ha motivado un pleito entre el poseedor y la municipalidad, que reclama como suya la demasía.—Argumentos empleados por ambas partes; resolución que ha recaído en la cuestión y examen de sus fundamentos.—La municipalidad no reivindica en las mismas condiciones que los particulares.—No es exacto que resulte demostrado que el terreno en cuestión saliese ya del dominio público.—¿Cómo se ha de considerar la enajenación á que se refieren en general, los títulos presentados, si *ad corpus* ó *ad mensuram*? — La venta *ad corpus* confiere el derecho de poseer todo lo comprendido dentro de los límites señalados, aunque resulte mayor extensión que la indicada.—Está probado que la parte demandada ha poseído efectivamente hasta el río desde 1849; pero la prescripción contra el fisco requería cuarenta años.—Esto ha sido reformado por el Código, el cual ha equiparado dicha prescripción á las demás, y de consiguiente, hoy se consume por diez años.—Aunque en el caso *sub judice*, la prescripción empezara bajo el imperio de las antiguas leyes, el interesado, si le conviene, puede acogerse á las disposiciones del nuevo Código, renunciando á la posesión anterior.—Por este cómputo, la prescripción en el caso de que se trata, resultaría consumada ya, pues no es exacto que deba considerarse vigente la ley provincial de 1867.—Lo más razonable y lo más legal es suponer que el terreno disputado proviene de aluvión.—El nuevo Código considera público el terreno formado por aluvión á la costa de ríos navegables.—La antigua legislación, por el contrario, lo adjudicaba á los ribereños.—En esta virtud, la municipalidad para acreditar su dominio, necesitaba demostrar que el aluvión se formó, rigiendo ya el nuevo Código.—Lo más verosímil á este respecto, es que empezara á formarse desde antes; y no habiéndose trazado la calle que el Código prescribe dejarse á la costa del río, aquél debe adjudicarse al propietario ribereño.





*Exma. Cámara :* — Don Saturnino Unzué solicitó deslinde judicial de la quinta que posee denominada «Palermo Chico», cuyos títulos que extracta el agrimensor á fs. 15, aunque indican la extensión de que consta dicha finca, le señalan también límites determinados; por el sud la avenida Alvear, al oeste otra calle pública, al este una gran zanja y por el norte el Rio de la Plata.

Decretado y practicado el deslinde, resultó que la superficie contenida dentro de estos límites, era mucho mayor que la designada en los mencionados títulos, pues que la excede en cerca de cinco hectáreas, según se hace constar en la respectiva diligencia, y lo observa también el director de la oficina del catastro.

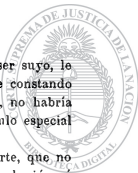
# I

Esta demasía, pues, ha provocado un pleito entre el poseedor de la expresada finca y la municipalidad, que sostiene pertenecerle; porque ya sea que ella se considere terreno no repartido, ó que éste se suponga formado posteriormente por aluvión, siendo adyacente á la margen de un rio navegable, debería reputarse público.

Pero la parte contraria no conviene en éso, sino que suponiendo que todas las enajenaciones ó trasposos del referido terreno se han verificado *ad corpus* sin otro límite al norte que el rio, pretende que le habría correspondido el derecho de aluvión, por virtud del cual le pertenecería el aumento natural que aquél hubiese tenido.

Sostiene también que cuando no fuera así, habiendo tenido título para poseer todo el terreno comprendido dentro de los expresados límites, y habiéndolo poseído efectivamente hasta el mismo rio, él y sus causantes, por lo menos desde el año cuarenta y ocho ó cuarenta y nueve, lo habría prescripto en todo caso.

En fin, que encontrándose en la legítima posesión del



terreno disputado, si la municipalidad afirma ser suyo, le incumbe el acreditarlo, mucho más cuanto que constando haber salido ese terreno del dominio público, no habría podido volver á caer en él, sino mediante un título especial de nueva adquisición.

El procurador municipal observa, por su parte, que no existe en favor de los particulares el derecho de aluvión, á la costa de rios navegables; que no ha podido haber prescripción porque ésta requeriría cuarenta años de posesión que aún no se han cumplido; por último, que habiendo sucedido la municipalidad en los derechos del Estado que por su soberanía, es dueño de todo lo que no se halle sujeto á propiedad particular, no reivindica en las mismas condiciones que los demás, bastándole á justificar su demanda, el que resulte que el poseedor carece de títulos legítimos.

En este estado del asunto el juez *a quo* declaró: que la cuestión promovida debía considerarse un pleito ordinario de propiedad, en que la municipalidad era la parte demandante, recibéndolo en seguida á prueba, para que cada una pudiese justificar los hechos que le convinieran ó en que fundase sus pretensiones.

Durante el término probatorio, la parte de Unzué justificó, por información de varios testigos, vecinos, y que tienen razón de saberlo, como también por diversos planos topográficos con caracter público ó auténtico, haber poseído ella y sus antecesores ó causantes, en propiedad el terreno hasta el rio, por el lado del norte, al menos desde el año cuarenta y nueve.

El fiscal cree deber prescindir de las explicaciones que se han dado de contrario, sobre los referidos planos que determinaban la quinta de Palermo Chico, como adyacente al rio, tratándose de desvirtuar su fuerza probatoria, pues los testigos afirman asimismo que sus propietarios ejercían la posesión efectiva hasta este mismo límite.

Con estos antecedentes, el juez de la causa procedió á sentenciarla, resolviendo la cuestión contra la municipali-



dad, y declarando que debía mantener en su posesión al demandado; en consecuencia de lo cual y encontrando verificada en conformidad á ésta, la mensura del ingeniero Ramirez, aprobó también esa operación.

## II

Para arribar á este resultado, el juez empieza por establecer que, pues la municipalidad, haciendo de actora trataba de reivindicar un terreno que supone de su propiedad, y de que otro se encuentra en posesión, era obligada desde luego á demostrar legalmente en el juicio el derecho que se atribuía.

Afirma también que esa demostración, si aquél se dedujese de la adquisición por aluvión, solo podría haberse hecho de un modo satisfactorio, probando que efectivamente el terreno disputado fuese de reciente formación, lo que no ha sucedido, y la demasía resultante debe atribuirse más bien á un error de cálculo en los documentos.

Constando, agrega el juez, que dicho terreno salió del dominio público, la municipalidad no podría haberlo vuelto á adquirir sino por virtud de algún nuevo título especial que, como reivindicante, debería haber alegado y exhibido, pero que ciertamente no ha presentado.

A la verdad, Exma. Cámara, el primer fundamento de la expresada resolución es demasiado debil, porque nada autoriza para presumir razonablemente un error enorme en los títulos de propiedad del terreno, sobre lo que concierne á su extensión, mucho menos cuando el mismo demandado jamás se ha atrevido á negar positivamente el que la demasía que se encuentra provenga de aluvión; antes bien ha reconocido que todas las fincas adyacentes al rio han ganado igualmente que la suya por la desviación paulatina y sucesiva de aquél.

El aumento de un terreno en esa forma, ó sea el acre-



centamiento por aluvión, nunca podría averiguarse tampoco de otra manera que comparando la extensión que le designen en otra época documentos antiguos y fehacientes, con lo que resulte de nuevas mensuras legalmente practicadas en tiempos posteriores.

Esto supuesto, en el caso que nos ocupa, parece que debe darse por demostrado con los antecedentes mencionados, que el terreno en cuestión, es decir, la demasía resultante en la quinta de «Palermo Chico» proviene de aluvión, siendo también ésta la única prueba que al respecto pudiera producirse; pues la que se intentase por medio de testigos sería, por cierto, en extremo falible.

Si el primer fundamento de la sentencia apelada es demasiado débil, el segundo, á saber: que consta de autos que el expresado terreno salió ya en alguna época del dominio público, no es del todo exacto, porque no se sabe si es ó no de reciente formación, y siendo todas las probabilidades de que proviene de aluvión, mal podría constar haber sido repartido á la fundación de la ciudad, ó enajenado en tiempos posteriores.

Pero aunque no se tratase de la demasía, en la extensión resultante de los títulos, que es lo único que se cuestiona, y nos refiriésemos solamente al restante terreno de «Palermo Chico», no puede decirse acreditado el hecho que se establece, por más que lo indiquen los planos presentados, desde que no figura en autos el título de merced del cual aparezca que ese terreno fué enajenado ya por el fisco y hubiera, de consiguiente, salido de su dominio.

Aparece, es verdad, poseído desde largo tiempo legalmente, con títulos en buena forma: en todo caso habría sido prescripto indudablemente, y á su respecto no hay la menor controversia; más no por eso puede afirmarse que consta haber sido enajenado por el fisco, y mucho menos podría establecerse la manera ó el modo de esa enajenación.

III



Siendo, pues, insubsistentes los fundamentos aducidos por la sentencia apelada que debíamos examinar, para averiguar la resolución que corresponde en justicia, necesitamos plantear de nuevo la cuestión, que, por mas simple que parezca, comprende puntos muy complejos y se descompone en los siguientes :

1º Suponiendo que el terreno disputado no fuese de aluvión ¿la municipalidad, para justificar el dominio necesitaba producir un título especial?

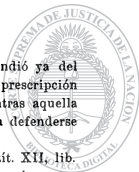
2º Admitido al contrario, que sea de aluvión, formado á la costa de un rio navegable ¿aquella habría acreditado con esto solo su propiedad?

La primera cuestión, Exma. Cámara, debe ser resuelta negativamente, á menos que se tratase de un terreno, del cual constase realmente haber sido ya enajenado por el fisco, y salido, por consiguiente, del dominio público; lo cual hemos visto que no sucede, pues no se ha producido el título originario de merced, ni se hace de él mención ninguna.

El fisco, cuando reivindica un terreno que supone indebidamente detentado por un particular, no lo hace en las mismas condiciones que los demás, por cuanto, en virtud de la soberanía del Estado, le corresponde un título general *pro suo*, mediante el cual le pertenece todo aquello que encontrándose dentro de él, carece de dueño. (Velez Sarsfield nota al art. 3588).

Cuando la cuestión versa entre dos particulares, el demandado por reivindicación, mientras el contrario no produzca un título legítimo, se defiende solo con la posesión; y debe ser mantenido en ella, aunque de su parte tampoco acredite la propiedad: no necesita contravindicar; él posee, porque posee. (Vinnio Coment. á las inst. Lib. 4º tit. 6, § 1º núm. 18, ley 28, tit. 2 p. 3º C. C. art. 2363).

Mas no sucede así litigando con el fisco, á no ser, según



se ha dicho, que aparezca que éste se desprendió ya del dominio, ó que al menos se le pueda oponer prescripción legítima; porque la posesión por sí sola, mientras aquella no se hubiese consumado, sería insuficiente para defenderse y rechazar con ella la acción.

«Por haber Nos sucedido, decia la ley XIV tit. XII, lib. IV, R. I. en el señorío de las Indias y pertenecer á nuestro Patrimonio y Corona Real, los valdíos, suelos y tierras que no estuviesen concedidos por los señores Reyes nuestros predecesores, ó por Nos ó en nuestro nombre, conviene que toda la tierra que se posee sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya... »

Como se ve, pues, por el tenor de esta ley, tratándose de tierras no repartidas, ó lo que es lo mismo, no produciéndose por el poseedor el título originario de merced, no podía defenderse contra el fisco por la sola posesión, á menos que ésta hubiese durado tanto tiempo que llegase á producir prescripción, según se declara en la ley anterior, en la cual se manda amparar «á los que con buenos títulos y recaudos ó por *justa prescripción* poseyeren.»

Resta solo agregar en esta materia que los derechos fiscales, en terrenos valdíos situados dentro del radio del municipio de cualquier ciudad, pasaban al cabildo; y le fueron devueltos cuando esta institución fué restablecida con el título de municipalidad, lo cual, federalizada la capital, se ratificó en la ley de 23 de Octubre de 1882.

#### IV

Queda sentado, Exma. Cámara, contra lo que establece la sentencia apelada, que la parte de Unzué, aunque demandada y poseedora, en razón de litigar con la municipalidad, y en la suposición de que el terreno disputado no fuese de aluvión, era obligada á justificar su derecho, produciendo



el título de concesión ó probando al menos haberse prescripto.

Hemos visto también que no se ha presentado, ni corre en autos, el título originario de merced. ¿Ha justificado al menos haber prescripto? ¿Podía prescribir la demasía? ¿Que tiempo se necesitaba?

El demandado alegó en verdad, prescripción; pero se le ha observado que de nada aprovecha para esto la posesión que se ejerce en mayor extensión de terreno que la que designan los propios títulos, y que de consiguiente mal puede pretender haber prescripto el terreno cuestionado, cuando éste, precisamente, es la demasía descubierta por la mensura, sobre la extensión que determinan los documentos.

Esta doctrina se encuentra consignada, en efecto, en términos expresos, en el artículo 2751 del Código Civil, el cual declara «que la posesión de buena fé de mayor parte de terreno que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido.» Sobre tierras públicas, la tenía tan bien establecida la legislación de Indias, que solo admitía composición, mas no prescripción de lo poseído con exceso, respecto á los títulos, como puede verse en la ley XV, tit. XII, lib. IV.

Pero el demandado niega absolutamente haber poseído terreno alguno con exceso sobre el que le correspondía según sus títulos, porque aún cuando en ellos se determinase la extensión, y esta resulte muy inferior á la que el terreno tiene en realidad, al mismo tiempo señalaban límites fijos ó naturales, estableciéndose el precio por la totalidad y no por medida, en cuyo caso las enajenaciones se verificaban *ad corpus*, y comprendían todo el terreno contenido dentro de aquellos, no solamente la extensión calculada ó indicada.

Este punto, Exma. Cámara, de resolver si las mencionadas enajenaciones y traspasos de la quinta de «Palermo Chico,» hasta venir á parar á poder de Unzué, se han de considerar *ad corpus* ó *ad mensuram*, tiene seguramente la mayor importancia, no solo con respecto á la prescripción, mas también en lo concerniente al derecho de aluvión, que solo



podía tener lugar en los terrenos *arcifinios* y no en los concedidos por medida; razón por la que conviene demorar-nos, y examinar detenidamente la cuestión. (Álvarez—Inst. lib. 2º, tit. 1º, pág. 183, núm. 281).

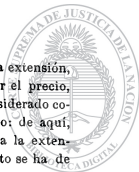
V

Debiendo ser determinado el objeto de los contratos, deben serlo igualmente las enajenaciones de terrenos; mas éstos pueden determinarse de dos maneras: ó bien indicándose la extensión y el punto desde el cual se ha de medir, ó señalándose solamente los límites dentro de los cuales queda comprendido el terreno que se enajena: en el primer caso el objeto del contrato es una cierta extensión; en el segundo es un cuerpo cierto, cualquiera que sea su capacidad ó su tamaño.

Mas sucede con frecuencia que al mismo tiempo que se expresa la extensión del terreno enajenado, se le señalan también sus límites, y entonces, pudiendo muy bien resultar disconformidad entre la extensión indicada en los títulos y la contenida en realidad dentro de los límites determinados, se ha dudado, no sin razón, qué cosa se haya de considerar principalmente, para fijar la naturaleza del contrato: si la extensión de terreno indicada ó el terreno realmente comprendido en los límites señalados.

Mas esta cuestión no tiene relación alguna con la validez del contrato, que nunca se ha puesto en duda, pues que jamás se ha admitido que el error sobre la cantidad pudiese anularlo *ipso jure*, (Voet, — comentario á las Pandectas, lib. 18, tit. 1º, pág. VII), sino que se refiere únicamente á las obligaciones de las partes, en lo que concierne á la entrega, evicción, aumento ó disminución de precio, y en ciertos casos, á la facultad de rescindir aquél: sin que por lo demás el adquirente deje de tener derecho para poseer el todo ni pueda decirse que posea demás, mientras no exceda los límites demarcados.





Cuando el contrato tiene por objeto una cierta extensión, por lo regular ésta sirve de base para determinar el precio, mientras que cuando se refiere á un terreno, considerado como cuerpo cierto, solo hay un precio por el todo: de aquí, pues, la duda, si al mismo tiempo que se expresa la extensión se designan límites fijos, sobre si el contrato se ha de reputar *ad corpus* ó *ad mensuram*.

Pretendían algunos autores, entre ellos Cobarrubias, que para resolver esta cuestión, debía distinguirse, atendiéndose á los términos del documento, si en él se hablaba antes de la extensión y después de los límites, ó viceversa, enseñaban que en el primer caso, aquella debía considerarse lo principal, y la designación de límites accidente, siendo por tanto el contrato *ad mensuram*, y sostenían por el contrario que en el segundo caso, dicha designación de límites era lo principal, y subalterna ó accidental la indicación de la extensión, debiendo considerarse la enajenación *ad corpus*.

Otros autores sostenían que siempre que se hubiesen establecido límites fijos, era subalterna y secundaria la expresión de la extensión, exigiendo, además, para que la venta pudiera reputarse *ad mensuram*, el que el precio se hubiese señalado por cada unidad de la medida adoptada, y no con relación á la totalidad.

## VI

Indagando Gomez si el que vendió cierto predio ó fundo determinado, con expresión de su capacidad, que después resultara no tener, será obligado á completar la extensión ó sufrir disminución de precio, ó lo que es lo mismo, si la venta se ha de considerar hecha á medida ó por el todo, se expresa en los términos que se transcriben á continuación :

•Resuelvo que si tal vendedor enajenó el predio ó fundo por un solo precio, aunque expresase que contenía tantas



yugadas, que luego no se encuentran en él, no es obligado á completarlo, ni á disminuir el precio, antes podría exigir íntegro el que se hubiese estipulado; porque la intención de las partes habría sido referirse á especie ó cuerpo cierto, no á la extensión indicada; y todo lo que se contiene en él ó se encuentre comprender, es lo que parece haberse vendido.»

«Pero si tal vendedor enajenó el predio, no simplemente sino con modo ó por número, diciendo que contenía tantas yugadas por determinado precio cada yugada, entonces, si ese número no se encuentra, es obligado á completarlo ó disminuir el precio; porque la intención de las partes habría sido referirse á aquel número de yugadas, y no á una especie ó cuerpo cierto, de manera que el pago se arreglará á la extensión resultante; sin que la designación de la cosa, pueda alterar el objeto del contrato ó disposición, aumentándolo ó disminuyéndolo.» (Var. Res. Tomo 2º, cap. 2, pág. 440, número 16).

Gregorio Lopez, con referencia á la doctrina de Paulo de Castro, resuelve el caso en los términos siguientes: «Conviene distinguir si se ha dicho: te vendo diez yugadas que se contienen en tal fundo». Y entonces, si resulta algo más, ésto no entra en la venta, y si falta, se rebaja del precio, ó ésta no fué de cierto número de yugadas, sino de un fundo determinado, aunque se dijese que contenía tal número de aquellas.»

«En este caso hay que subdistinguir si el precio se determinó por cada yugada, pues entonces aunque se encuentre demás entra en la venta, pero no por el mismo precio, sino aumentándose en proporción al valor de cada una; ó el precio, en fin, no se estableció por cada yugada, sino por todo el fundo que se dijo ser de tantas yugadas; y entonces no debe aumentarse el precio aunque se encuentren más de las expresadas, sino que ceden en provecho y lucro del comprador.» (Glos. 6ª á la ley 56, tít 18, p. 3.ª)

Por último, Goyena establece en el art. 1394 de su pro-



yecto que «cuando la venta de un inmueble se hubiese hecho por un precio alzado, y no á razón de tanto la medida ó número, no tiene lugar el aumento ó disminución del precio, aunque se encuentre mayor ó menor cabida ó número, que lo expresado en el contrato»; agregando en el comentario «que la designación de los linderos es lo que determina el cuerpo cierto, objeto ó materia del contrato; debe, pues, entregarse todo lo contenido en ellos, haya más ó menos de la, cabida expresada, que no fué la causa final de los contratantes»—(Concordancias, tomo 3º, pág. 383).

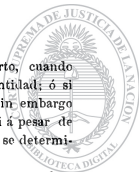
•

## VII

Ex-profeso, Exma. Cámara, al distinguir la venta *ad corpus* de la venta *ad mensuram*, se ha servido el exponente de autores españoles para demostrar que el Código Civil argentino, siguiendo después la legislación francesa que, expresamente en el art. 1611, C. N. desecha la distinción de si se indicó primero la extensión ó la cosa, ha concretado, en cuanto á los diversos efectos que produce la clasificación de la venta hecha *ad mensuram*, á la que se verifica con designación del área *por un precio cada medida*, haya ó no indicación del precio total, no ha alterado lo dispuesto en la antigua jurisprudencia, por la cual deben regirse varios de los títulos mencionados, sino que ha seguido al respecto la doctrina de los mejores de dichos autores que la exponían.

Esta, manifiestamente derivaba del derecho romano, pues ha sido sacada de varios textos, cuyas disposiciones la ratifican y vienen en su apoyo, como puede verse en Voet, el cual expone la diferencia entre la venta *ad corpus* y *ad mensuram* y establece diversas reglas para clasificarlas, que en su fondo concuerdan perfectamente con la enunciada doctrina.

«Por lo demás, dice, la venta se entiende hecha no por



cantidad, sino más bien como de cuerpo cierto, cuando absolutamente no se ha hecho mención de cantidad; ó si aunque ésta se exprese, el vendedor proteste, sin embargo que ella no le impone obligación: ó por último, si á pesar de haberse declarado la extensión, al mismo tiempo se determinan los límites del fundo.»

«Por el contrario, continúa el autor, debe juzgarse verificada á medida la venta de un terreno, cuando se vendieran, por ejemplo, diez yugadas del fundo corneliano, ó simplemente el fundo corneliano; pero determinándose el precio por cada yugada de las que contenga.» (Comentario á las Pandectas, Lib. 18, Tit. 1º, Nº VII).

Según estas reglas, la venta de «Palermo Chico» constante en esos títulos, debe considerarse como lo ha sostenido con acierto el demandado, hecha *ad corpus*, en razón de no haberse fijado el precio por cada vara de terreno: y no obstante haberse indicado la extensión, confería indisputablemente á los compradores, derecho á todo lo comprendido dentro de los límites asignados, pues aún el exceso que resultase, según la expresión de Gomez, reproducida por Goyena, *videtur venditum*.

El Sr. Uzué no carece por tanto de títulos, como supone equivocadamente el procurador municipal, para poseer esa mayor extensión de terreno, ni puede decirse con propiedad, que haya excedido lo que aquellos le concedían, mientras no saliese de los límites que le trazaban, y dentro de los cuales, su posesión estaba legalmente amparada por ellos: hallándose, de consiguiente, en aptitud de prescribir.

Que por lo que respecta á los títulos de fecha posterior al Código Civil, la resolución es tanto más sencilla, cuanto es más clara y precisa la clasificación de venta *ad corpus* y *ad mensuram* lo mismo que la determinación de sus diversos efectos, contenidas en el artículo á que se acaba de hacer referencia, (1345).



## VIII

Mas—¿habría prescripto efectivamente? Aunque las leyes 14 y 21, tit. 12, lib. 4º Rec. Ind. reconocen y admiten en términos expresos la prescripción de tierras realengas, no se hallaba determinado del mismo modo, el tiempo que ella requería; pero estando resuelto que los bienes raices, pertenecientes á las ciudades ó los cabildos no se prescribían por menos de cuarenta años, era claro que las tierras fiscales tampoco podrían prescribirse en menos tiempo.

Esta era en efecto la opinión general y fué por tanto la doctrina que prevaleció (Zolórzano, Polit. Indiana, tomo 2º, lib. 6º, cap. 12, número 10—Escalona Gazof, peruano, lib. 1º, cap. 25, núm. 57) de acuerdo con la legislación romana, que exigía también cuarenta años en la prescripción de bienes vacantes aún no incorporados al patrimonio del fisco; siendo al fin consagrada en la ley provincial de Junio de 1867.

Ahora bien, se objeta por el procurador al demandado, que por el mérito de las declaraciones de sus testigos solo se comprueba la posesión hasta el río, desde 1849, y aunque como lo observa el Juez *á quo*, acreditada la posesión actual, se presume iniciada y continuada sin interrupción, desde la fecha de los títulos (Código Civil, art. 4003), en realidad los más antiguos de los que se mencionan no se encuentran claros al respecto, ni se puede considerar debidamente justificada la posesión de cuarenta años completos.

Sin embargo, habiendo declarado el Código Civil en el art. 4051, que aunque las prescripciones comenzadas antes de su vigencia deben regirse por las leyes anteriores, si por ellas se requiere mayor tiempo que el que aquél exige, se considerarán completas, desde que haya transcurrido el plazo que éste determina, contado desde que se puso en vigencia



tal disposición favorece sobremanera en el caso presente al demandado.

En efecto, el art. 3951, equiparando á la que se verifica contra los particulares, la prescripción que tiene lugar contra el Estado ó cualquier otra persona jurídica, viene á reducir esta prescripción al término de diez años determinado en general por el art. 3999, en favor del que ha poseído de buena fé y con justo título; y como los Unzué han poseído en estas condiciones el terreno disputado diez y seis años, desde que empezó á regir el Código Civil, resultaría haber prescripto.

Es cierto que el procurador municipal sostiene la vigencia de la citada ley provincial de Junio del 67, que requería cuarenta años para la indicada prescripción, mas esta pretensión no tiene fundamento alguno, porque todos los códigos y disposiciones legales, de caracter civil, nacionales ó provinciales, á la publicación del nuevo, quedaron derogados por virtud de la declaración hecha en el artículo 22 de que lo que no se contenía en él, esplicita ó implícitamente, para lo sucesivo, no tendría fuerza de ley.

No obsta en manera alguna el que la ley orgánica de los tribunales de la capital conservase vigente en ella provisoriamente las disposiciones dictadas por el gobierno provincial, pues aquella se refería únicamente á las leyes de procedimientos, cuando la de Junio del 67 era de fondo, y además no podía ya hallarse en vigencia, habiendo sido derogada desde 1871 por el Código Civil, según lo acabamos de ver.

## IX

Hasta aquí, Exma. Cámara, como lo habrá notado V. E., el fiscal viene examinado la cuestión en la hipótesis de que se trate de un terreno de antigua formación. ¿Y si fuese de aluvión? Esto es, sin duda alguna, lo más verosímil y no



siendo posible admitir un gravísimo error sobre la extensión en títulos auténticos, de su comparación con el resultado de la mensura, debe considerarse comprobada la formación por aluvión.

Tanto más debe presumirse esto y aún considerarse suficientemente comprobado, cuanto que la parte de Unzué reconoce en el interrogatorio de fs. 55, que los límites de su posesión no han variado; y de consiguiente, sin suponer en los títulos un error que nada autoriza á admitir, el aumento que se encuentra en el terreno, respecto á la extensión que expresan, no puede explicarse de otro modo que por la desviación del río.

Esta hipótesis que, según acaba de manifestar el expositor, no solo encuentra verosímil, sino que estima comprobada, vendría á dar á la cuestión una faz enteramente diversa bajo la cual necesitamos analizarla también, á fin de asegurar el acierto de la resolución que debe dictarse en justicia.

Desde luego; el procurador municipal considera indiscutibles en este caso los derechos que defiende, estableciendo, en términos absolutos, que siendo del dominio público las costas de los ríos navegables, lo son también los nuevos terrenos que lleguen á formarse paulatina y sucesivamente por aluvión, adyacentes á sus márgenes.

Así sucede en efecto, con arreglo á los principios establecidos en el Código Civil que ahora nos rige, pero ¿era así también por la antigua legislación española, antes en vigencia, calcada sobre las doctrinas del derecho romano?

El fiscal atribuye á este punto gran importancia para ilustrar la cuestión y por consiguiente, pasa á ocuparse de él con extensión.

Por el derecho romano solamente el uso de las costas de los ríos navegables era público, pero su propiedad correspondía á los ribereños, quienes, sin embargo, sufrían una servidumbre legal, que les impedía hacer cosa alguna que fuese obstáculo á la navegación ó prohibir á los navegantes que se sirviesen de aquellas, en lo que les fuese preciso.



Aún la propiedad del álveo en cuanto no fuese ocupado por las aguas, se entendía ser de los dueños de las heredades confinantes con los ríos; por lo que les correspondían también las islas que en ellas aparecieran, el suelo que quedase seco si mudasen su curso; lo que la fuerza de los mismos, arrebatando de una parte, transportase á otra; y en fin, el terreno que se formase en la costa, paulatina y sucesivamente, lo cual se llamaba aluvión.

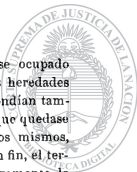
## X

Toda esta doctrina se encuentra expuesta en las Instituciones, lib. 2º, tít. 1º, §§ 4, 20, 21 y 22, en términos que no dejan lugar á duda de ningún género, y la detallan los comentadores Pothier, Voet, Vinnio y demás, previniendo que ese derecho no corresponde á los predios concedidos por medida, sino solamente á los que no tienen más límite que el río, denominados por esto *arcifinios*.

El Código de las Partidas, como sucede siempre, adoptó los mismos principios y sancionó, de consiguiente, en todas sus partes, la enunciada doctrina, según resulta de las LL. 6, 7, 26, 27 y 31; tít. 28, P. 3ª, de las cuales, la que más nos interesa, por referirse á los terrenos que se forman por aluvión en la costa de los ríos, es la 26, que en parte vamos por esto á transcribir.

Esta ley se expresa así: «E por ende decimos: que todo cuanto los ríos toellen á los omes poco á poco, de manera que no pueden entender la cuantía de ello, porque no lo llevan ayuntadamente, que lo ganan los señores de aquellas heredades á quien lo ayuntan».

Ahora, si aplicamos esta doctrina al caso *sub-judice*, referente á un terreno cuyos títulos, haciendo constar diversas enajenaciones *ad corpus*, señalan por límite el Río de la Plata, y remontan al tiempo en que regía la ley que se acaba de transcribir, tendríamos averiguado en consecuencia, que á los



antecedentes ó causantes de Unzué, les correspondía, indudablemente el derecho de aluvión, en lo que hubiere acrecido á dicho terreno.

Es cierto que el Código Civil ha cambiado completamente el sistema de legislación en la materia; porque prescribiendo dejarse á la costa de los ríos navegables una calle de treinta y cinco metros de ancho, desde entonces los particulares no lindando ya con los ríos, no pueden consiguientemente, continuar gozando los enunciados derechos de accesión natural, y todos ellos se han transferido al público. (Véanse los arts. 2340, 2572, 2575 y 2639).

## XI

Mas, para que este cambio de legislación pudiera aprovechar á la municipalidad en la cuestión de que se trata, serian necesarias dos cosas: 1ª Que el procurador hubiese demostrado que el terreno que se disputa se ha formado por aluvión en los últimos años, es decir, con posterioridad á la vigencia del Código, cuyas disposiciones debieran por consiguiente regir en el caso. 2ª Que la indicada calle de treinta y cinco metros se ha trazado efectivamente, y determinándose según correspondía hacerse; pues como puede observarse, por los términos en que se encuentra redactada la disposición del art. 2639, ella no importa declarar expropiada *ipso jure* toda la costa de los ríos navegables en el ancho que designa, sino que impone simplemente la obligación á los propietarios limítrofes con los ríos, que sirvan á la comunicación por agua, de dejar dicha calle de la extensión expresada, obligación cuyo cumplimiento incumbe sin duda alguna, exigir á la municipalidad.

Antes de ésto, dichos propietarios no han perdido su dominio, pues que según los principios mismos del Código, aquél no se trasmite por la sola obligación, como erróneamente lo establece la legislación francesa, sino mediante





la tradición, y sin que á los ribereños pueda siquiera considerárseles constituidos en mora, antes de haber sido requeridos para verificarlo. (Código Civil, arts. 306 y 572).

Sin ésto, también sería imposible deslindar ó definir los respectivos derechos de los ribereños y de la municipalidad en la materia que nos ocupa.

Suponiendo, por ejemplo, lo que sería más probable y verosímil en el caso actual, que el aluvión empezó á formarse desde muchos años atrás, y continuó aumentando en el último tiempo después de la publicación y vigencia del Código, ¿cómo se determinaría ahora, en dónde viene á quedar la calle que se mandaba dejar, para averiguar lo que en el terreno nuevamente formado perteneciese al propietario limítrofe, y lo que correspondiera á la municipalidad?

No habría ciertamente manera de indagarlo, ni de consiguiendo esta dificultad en la suposición indicada, admitiría otra resolución equitativa, que la que acepta el mismo demandado, reconociendo que del terreno de que se trata, deben deducirse los treinta y cinco metros para calle, pues es bien claro que él no sería obligado á suministrarlo sino en tanto que la municipalidad no tuviera terreno sobre el río.—Código Civil art. 2773.

En conclusión, Exma. Cámara, la acción reivindicatoria deducida á nombre de la municipalidad sobre el terreno cuestionado, que se supone de aluvión, no es procedente; ni por el todo, pues según se desprende de los antecedentes expuestos, reclamándolo, pediría más de lo que en el mejor caso para ella le correspondería; ni tampoco en parte, por que no pudiendo reivindicarse una porción incierta de alguna cosas sin datos para determinarla, en esas condiciones se hallaría precisamente, la parte que á la corporación demandante perteneciese en el terreno disputado.

El fiscal aconseja, por tanto, la confirmación de la sentencia apelada, que considera justa, en cuanto no hace lugar á la acción deducida.

Buenos Aires, Noviembre 22 de 1887.

# VISTA LXXXVI

## PROPIEDAD DE LOS SEPULCROS

### SUMARIO

La dueña de un sepulcro se presentó á la Municipalidad, pidiendo se le permitiese desocuparlo, trasladando los restos que contenía, al osario común.—Resultando que la interesada alquilaba nichos, cuando el reglamento prohíbe ceder á extraños los derechos sobre un sepulcro; y observándose que aquel comercio importaba cierta profanación, no se hizo lugar á la solicitud.—Dicha señora pidió se reconsiderase la resolución, invocando el Código Civil, que permite en general la cesión de los derechos, y alegando que se trataba de actos lícitos que no contienen inmoralidad alguna.—Como insistiese el Intendente en su primera resolución, aquella apeló á la Cámara en lo Civil, que pidió dictamen al Fiscal.—Este funcionario reconociendo que la Municipalidad no podía restringir la propiedad sobre terrenos enajenados, estima lícito el alquiler de nichos; y no cree que importe profanación.—Examina en seguida, si el derecho que se reclama, puede deducirse de los principios comunes que definen la propiedad.—Indaga igualmente si puede encontrar apoyo en las disposiciones especiales que reglamentan los cementerios.—Analizadas prolijamente estas disposiciones, demuestra que la solicitud en cuestión es improcedente, por carecer de fundamento, y que en consecuencia debe confirmarse la resolución apelada.

*Exma. Cámara :* — D<sup>a</sup> Sofía R. de Castro, propietaria á perpetuidad de un panteón en el cementerio del Norte, se presentó á la Intendencia Municipal manifestando que dicho sepulcro contenía muchos cadáveres, para los cuales había facilitado nichos, por un tiempo determinado, que respecto de la mayor parte se encontraba vencido; por lo que pedía que previa citación de interesados, se le permitiere exhumar los restos de dichos cadáveres, trasladándolos al osario común.





Tramitada esta solicitud, y resultando por las anotaciones puestas en el boleto, que la señora de Castro alquilaba nichos en el sepulcro de su propiedad, en el cual existían cuarenta y tantos cadáveres, sin ser posible distinguir los que tuvieran más de cinco años de enterrados, de los que no alcanzaban á este tiempo; que el indicado proceder era contrario al espíritu del reglamento de cementerios, fecha 1° de Setiembre del año de 1868, cuyo artículo 44 declara que no se reconoce traspaso en el derecho sobre un sepulcro, que no provenga de sucesión; y en fin, que el negocio de que se trata, haciendo necesaria periódicamente, la traslación de los cadáveres, contenía cierta especie de profanación, no se hizo lugar á la referida solicitud.

La interesada pidió se reconsiderase esta resolución, alegando que el precitado artículo 44 del reglamento no podía en manera alguna restringir el derecho de propiedad, que según el Código es alienable; y puede traspasarse por muchas otras causas legítimas que no sean la de sucesión; que si bien era cierto que había alquilado nichos, este acto no era ilícito, practicándolo libremente muchas personas y la misma Municipalidad.

En fin, que no por ser un negocio, envolvía profanación alguna á los cadáveres, desde que la traslación al osario podía verificarse con el mayor respeto; y si á pesar de todo, hubiese de clasificarse por profanación, la Municipalidad resultaría cómplice en este delito, dado que ella alquila también sepulcros, y traslada frecuentemente huesos humanos al osario general. No habiéndose revocado la providencia reclamada, la interesada apeló para ante V. E., que antes de resolver, ha querido oír el dictamen del exponente.

El Fiscal, Exma. Cámara, después de meditar el punto discutido, debe manifestar á V. E. que el derecho reclamado por la señora de Castro, para que la Municipalidad reciba los restos de los cadáveres sepultados en el panteon de la propiedad de aquella, y los destine al osario general, no se deduce ni de los principios generales relativos á la propiedad, consignados



en el Código Civil, ni de los que se encuentran en la precitada ordenanza reglamentaria de los cementerios.

El Fiscal admite que este reglamento no haya podido restringir la transmisión de los derechos sobre un sepulcro de propiedad particular, á la única causa de sucesión, al menos respecto de los terrenos enajenados con anterioridad á dicho reglamento.

Admite también que en el uso de un sepulcro que puede hacer su dueño, se comprende la facultad de permitir gratuitamente ó mediante compensación, el que se entierre cadáveres, aún de personas completamente extrañas á la familia.

Reconoce asimismo, que en la traslación de restos humanos de un cementerio á otro, de una á otra sepultura, ó bien al depósito general, no hay profanación alguna, siempre que se practique con el debido respeto; y así lo supone también el mismo precitado reglamento de cementerios, puesto que en él se encuentra en términos expresos, permitida aquella operación, aunque con ciertas restricciones.

Mas no por ésto considera fundada la solicitud de que se trata, de la señora viuda de Castro, la cual pretende el derecho de alquilar nichos en el sepulcro de su propiedad, hasta llenarlo enteramente; y obligar luego á la Municipalidad á desocupárselo periódicamente, para volverlo á llenar de nuevo, más allá de lo que permite el osario del mismo panteón.

El derecho de propiedad es por su naturaleza perpetuo, absoluto y exclusivo: la señora de Castro puede disponer como quiera de su sepulcro, permitiendo enterrar á ciertas personas y prohibiéndolo á las demás; pero el resto del cementerio no le pertenece; en él la Municipalidad ejerce los mismos derechos; y no tiene obligación alguna de proporcionar sepultura gratuitamente, sino á los cadáveres de las personas á que se refiere el artículo 45 del reglamento.

Aunque se recorran uno á uno los diversos artículos de este reglamento, que de algún modo se refieran á la materia,



no se encuentra uno solo que pueda servir de fundamento á la pretensión que origina el recurso traído ante V. E.

En el artículo 2º se prescribe que ningún nicho puede ser abierto, sino transcurridos cinco años desde el enterramiento, si los restos hubieran de ser sepultados en el osario; disposición que si bien presupone que hay ciertos casos en que los restos de los cadáveres se han de trasladar al osario, no importa el reconocimiento en favor de cualquier dueño de un panteón, para hacerlo desocupar cuando le convenga, trasladando los restos al osario.

El artículo 26 contiene simplemente la prohibición de exhumar ó trasladar cadáveres de un cementerio á otro ó de una á otra sepultura antes de dos años; y de consiguiente no sería aplicable en manera alguna al caso presente, para demostrar el derecho que se atribuye al reclamante.

En el artículo 30 se dispone que después de cinco años de sepultado, un cadáver, no siendo renovado el boleto, la Municipalidad lo hará trasladar al osario general; mas este artículo se refiere á los cadáveres que ocupen nichos de propiedad de la Municipalidad; ninguna obligación le impone sobre la traslación, sino que la autoriza simplemente á verificarla en interés propio, á fin de que pueda disponer de nuevo, de los nichos que de esa suerte quedarán desocupados.

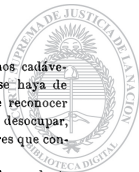
Por último, las limpias de los cementerios, de que habla el artículo 39, determinando que serán parciales y limitadas exclusivamente á los cadáveres que hayan cumplido cinco años de enterramiento, se refiere sin duda á la traslación de los restos de cadáveres de que habla el artículo 30 precitado, y sin duda también á las de los sepulcros, cuyos dueños siendo citados, no concurran á repararlos, cuando se encuentran en mal estado, ó bien á las de todos aquellos cuya propiedad caduque, por las diversas causas que determina el reglamento, viniendo entonces á ser municipales.

El establecerse ó declararse, como se prescribe en este artículo, que en ciertos casos se hará la limpieza de cemen-

terios, destinándose al osario los restos de algunos cadáveres, para detallarse el tiempo y forma en que se haya de verificar esta operación, no importa seguramente reconocer á los dueños de sepulcros, el derecho de hacerlos desocupar, destinando ó trasladando los restos de los cadáveres que contenían, al osario general.

En conclusión, Exma. Cámara, como todo demandante debe justificar los fundamentos de su pretensión, y en el caso que nos ocupa, no lo ha verificado la reclamante, pues según lo acabamos de ver, el derecho que se atribuye, no resulta ni de los principios generales que rigen la propiedad, ni de las disposiciones particulares que reglamentan el uso de los sepulcros, resulta que el recurso de apelación traído ante V. E. contra la resolución municipal que se ha referido, carece de todo fundamento legal y que en consecuencia V. E. desestimándolo, debe confirmar aquella.

Buenos Aires, Julio 30 de 1888.





# VISTA LXXXVII

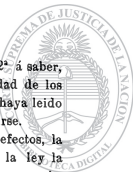
## NULIDAD DE UN TESTAMENTO

### SUMARIO

El testamento de que se trata, adolece de dos defectos manifiestos. — Consiste el primero en no expresarse la edad de los testigos, y el segundo en no decirse que ha sido leído antes de firmarse.—Respecto á la edad de los testigos, no basta manifestarse que son mayores —El exigirse que se determine la edad, tiene por objeto el que mas tarde, si fuese necesario, puedan identificarse las personas.—Debe presumirse que no tuvo lugar la lectura del testamento, desde que no se expresa haberse verificado.—Esta omisión produce nulidad, por cuanto afecta la forma esencial de toda escritura pública.—Aunque antes de la ley de correcciones, ésto no era expreso, tal era sin embargo la mente del codificador; y en esa parte, dicha ley fué puramente declaratoria.—Se demuestra ser así, porque siendo sin duda alguna, esencial el que los testigos vean al testador, tal circunstancia sin embargo, solo se exige durante la lectura.—Se demuestra también, por analogía de lo que se halla dispuesto acerca de los instrumentos públicos.—Se demuestra, en fin, por la comparación con la ley que el Dr. Velez cita como concordante.—Se responde á la objeción que se hace con que el mismo Dr. Velez declara que se separa de lo dispuesto en art. 972 del Código Napoleón, siguiendo los usos del país.—Esa declaración se refiere á la necesidad del dictado por el testador: en nuestro país se consideró siempre indispensable la lectura del testamento antes de firmarse.— Los que escribieron sobre el Código, antes de la sanción de la ley de correcciones, Dres. Moreno, Segovia, Llerena, Leguizamón y Machado opinaban por la nulidad.—En el mismo sentido se habían pronunciado los Tribunales de la Provincia, estableciendo jurisprudencia.

*Exma. Cámara:*—Dos graves defectos de forma se han opuesto al testamento por acto público de la finada Doña





María Roldán, el cual testamento corre á f. 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> á saber, el no haberse expresado por el Escribano la edad de los testigos instrumentales, y el no aparecer que se haya leído en presencia de dichos testigos antes de suscribirse.

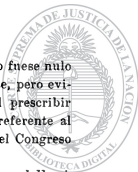
Con respecto al primero de los indicados defectos, la nulidad que produce es manifiesta; por cuanto la ley la pronuncia expresamente, y consta por otra parte que se ha incidido en aquel defecto, al otorgarse el testamento de que se trata; habiéndose limitado el Escribano á consignar que todos los testigos eran mayores de edad.

Verdad es que esta circunstancia es la única que el Código requiere á efecto de considerar á los testigos hábiles para intervenir en el otorgamiento de un testamento, por lo que concierne á la edad; pero al exigirse que ésta se exprese, lo que se ordena es, el que se determine el número de años de cada uno, como un dato que puede ser útil ó necesario para comprobar la identidad de la persona.

En lo que respecta al segundo punto, la falta de la lectura del testamento en presencia de la otorgante y los testigos que es de presumirse, desde que debiendo constar del mismo instrumento la observancia de todas las formalidades que la ley requiere, no se ha consignado sin embargo, en el documento de que se trata, produce también un vicio sustancial, puesto que afecta gravemente la forma esencial del acto.

Sin la lectura del testamento en presencia de la otorgante y los testigos instrumentales, que debe hacer el Escribano antes de firmarse, no puede constar en manera alguna el que su contenido sea precisamente lo mismo que disponía la testadora, ni los testigos podrían afirmarlo con suficiente fundamento; porque siendo muy fácil un cambio en la redacción ya fuese por descuido ó por malicia, sin que la otorgante apruebe la redacción, manifestándose conforme con ella, previa la indicada lectura, en realidad ni siquiera consta el consentimiento de la parte, en un acto jurídico tan importante como el testamento.

Es cierto que en la edición anterior del Código Ci-



vil, no se decía expresamente que el testamento fuese nulo por haberse omitido su lectura antes de firmarse, pero evidentemente esa era la mente del legislador, al prescribir aquella solemnidad; aún cuando en el artículo referente al caso, hubiese quizá algún vicio de redacción, que el Congreso ha salvado en la última edición.

Empezando el artículo anterior con las palabras *el Escribano debe bajo pena de nulidad* etc., continuaba el siguiente diciendo: que debía también leerlo al testador en presencia de los testigos que lo habían de ver; siendo subentendido que esta solemnidad como las anteriores, se ordenaba igualmente bajo la misma pena de nulidad.

Por muchas razones no podía entenderse la disposición de este artículo referente al caso que nos ocupa, en otro sentido, que el que se acaba de indicar, en conformidad á la declaración del Honorable Congreso.

El Código no se contentaba con que el testamento fuera leído antes de firmarse, para que el testador manifestase entonces su conformidad, sino que por gravísimos motivos exigía además, que en esos momentos los testigos se encontrasen en presencia de aquél, á quien debían ver.

Efectivamente, Exma. Cámara, se comprende con facilidad los infinitos abusos y fraudes á que podría dar lugar el otorgamiento de un testamento, sin que los testigos viesen al testador: no pudiendo por ésto dejar de considerarse esencial la indicada circunstancia, á la validez del testamento, aún cuando ésto tampoco se hallaba declarado expresamente, sino que solo se prescribía junto con la lectura en iguales términos y por la misma disposición.

Si por no decirse en términos expresos que el defecto de lectura, como el de las demás solemnidades determinadas en el artículo anterior, se penase con la nulidad del acto, pudiera inferirse que esta solemnidad no era esencial, por identidad de razón habría que resolver lo mismo en el caso de que los testigos no hubiesen visto á la testadora; y lo que es más, la falta de su firma tampoco resultaría esen-



cial contra lo que se declara positivamente y en términos generales, respecto de los instrumentos públicos.

Por último, citándose como concordante del artículo cuyo sentido examinamos, la ley Recopilada, que prescribía las formalidades que se debían observar en el otorgamiento de cualquier escritura pública; y declarándose esencial en esta ley, la lectura de lo escrito ante la otorgante y testigos antes de firmarse, debe inferirse de aquí, que igualmente en el artículo de que se trata, debían considerarse esenciales, las solemnidades que prescribía.

Es por ésto que cuantos han escrito con anterioridad á la sanción de la ley sobre fe de erratas y correcciones al Código Civil, como los Dres. Moreno, Segovia, Llerena, Leguizamón y Machado etc. han estimado uniformemente, la formalidad de la lectura en el otorgamiento de un testamento, como esencial á su validez; y en ese mismo sentido se habían pronunciado los Tribunales de la Provincia, de suerte que el cambio de redacción verificado por el Congreso, no alteraba el sentido de la disposición contenida en el mencionado artículo; y dicha ley en este punto debe considerarse puramente declaratoria.

No obsta á esta inteligencia lo que dice el Dr. Velez en una de sus notas, á saber: que aunque el Código Francés exige precisamente, que el testador ha de dictar el testamento en presencia de los testigos, él no considera indispensable esa forma, y prefería seguir los usos del país; porque como se advierte con claridad, al manifestar que no considera indispensable la forma establecida por el art. 972 del Código Napoleón, se refiere ciertamente al dictado del testador al Escribano; y no á la lectura ante los testigos, de lo escrito al tiempo de firmar, ordenada en el mismo artículo.

De otro modo no sería cierto que en su disposición siguiera los usos del país, en el cual estuvo siempre en rigurosa observancia la disposición de la mencionada ley Recopilada, que establecía y prescribía como indispensable á la validéz de cualquier escritura pública, su lectura por el

Escribano ante los otorgantes y testigos, antes de suscribirse.

En resumen, Exma. Cámara, los dos defectos que se objetan al testamento de la señora Roldán son indudables por una parte, desde que constan del mismo documento; y por otra, deben considerarse sustanciales, atendidos los principios del Derecho, que explican la disposición referente al caso; justificando también la resolución apelada, que en concepto del Fiscal debe confirmarse.

Buenos Aires, Febrero 28 de 1887.

---



# VISTA LXXXVIII

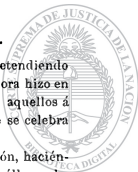
## VALIDEZ DE UN LEGADO

### SUMARIO

El juicio ha tenido por objeto anular un legado universal en favor de la Iglesia del Socorro.—Se alegaba ser incierta la persona de la legataria, por cuanto solo se decía que el legado era destinado á costear la función del Señor de los Milagros.—Esta objeción no era fundada, porque siendo únicamente la Parroquia del Socorro, donde se hace dicha función, debe entenderse que aquella era la legataria.—También se alegó que la institución importaba vinculación prohibida; lo cual sin embargo no era exacto según se demuestra.—Se expuso asimismo la incapacidad de la legataria, por haber sido el cura del Socorro, el que confesó á la testadora en la última enfermedad.—Este hecho no resulta justificado, pero aún que fuera cierto, no inhabilitaría á dicha Parroquia para recibir de la testadora, por cuanto ésta pertenecía á esa Parroquia.—Se alegó falta de aceptación; pero el legado se presume aceptado, mientras no conste la renuncia.—En fin, se expuso que debía considerarse caduco, por no haberle dado cumplimiento el albacea.—Esta pretensión es inadmisibile, pues la propiedad de los bienes legados pasa al legatario desde la muerte del testador.—Cuando versase sobre cosas indeterminadas, que fuese preciso individualizar, la demora del albacea en verificarlo, no sería causa de caducidad del legado.—Es inexacto que la Iglesia no se haya encontrado legalmente representada en el juicio, por no haberse citado al cura, habiendo intervenido el Fiscal Eclesiástico.—Desde que el pleito se ha resuelto en favor de la Parroquia del Socorro, la falta de citación al cura no puede ser causa de nulidad; y en todo caso, sería aquella exclusivamente, á quien correspondería deducir este recurso.

*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la cuestión promovida por D. Pedro y D. Juan Matienzo contra la testamen-





taria de la finada doña Tránsito Matienzo, pretendiendo anular el legado de todos sus bienes que esta señora hizo en su testamento, para ayudar con el producto de aquellos á costear la función del Señor de los Milagros, que se celebra en la Parroquia del Socorro.

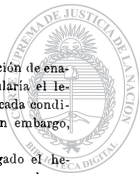
Después de estudiar detenidamente la cuestión, haciéndose cargo del mérito del expediente que sobre élla se ha formado, encuentra acertada y justa la resolución que ha recaído en 1ª Instancia, en que se desecha la referida demanda, y de la cual se ha interpuesto el recurso de apelación; opinando, por lo mismo, que aquella debe ser confirmada con costas.

Fundábase la pretendida nulidad de la institución del mencionado legado universal, en diversas razones que se alegaban, á saber, que era incierta la persona del legatario; en que aquél importaba una vinculación prohibida; y en fin, en la incapacidad del que vendría á recibirlo; pues en realidad, á quien se quería beneficiar era al cura, que había sido el confesor de la testadora en la última enfermedad.

En todos estos puntos ha caducado completamente la demanda: no hay incertidumbre alguna respecto de la persona, á cuyo favor se hace el legado, porque siendo destinado á costear una función, que únicamente celebra la Parroquia del Socorro, debe entenderse que es á élla á quien se deja el legado, pues lo que se destina al culto de un santo, que lo recibe especialmente en determinada Iglesia, es á ésta á quien sin duda alguna corresponde.

En la institución de que se trata, solo existe un legado con cargo, por cuanto aquél se ha de aplicar á determinado objeto; lo cual no se encuentra prohibido en parte alguna del Código, aunque el cargo sea perpetuo; y no una vinculación reprobada por derecho; desde que ni existe prohibición de enajenar los bienes de la sucesión, ni de consiguiendo éstos vendrían á quedar amortizados; ni en fin se establece sobre ellos un orden de sucesión distinto del regular.

Cuando existiera realmente, en la disposición que nos ocu-



pa y que debemos examinar, vinculación, prohibición de enajenar, ó ambas cosas á la vez, no por eso se anularía el legado, sino que teniéndose por no puesta la indicada condición, aquél se convertiría en absoluto; pero, sin embargo, subsistiría legalmente.

No es verdad tampoco, pues habiéndose negado el hecho, no se ha podido justificar en el juicio, que fuese el cura del Socorro quien administró los sacramentos á la testadora antes de morir; lo cual según sostienen los demandantes, habría inhabilitado tanto al cura como á su Iglesia, para recibir por dicho testamento.

Aunque se hubiera justificado de un modo satisfactorio la indicada circunstancia, la disposición legal á que se alude, no tendría aplicación al caso *sub-judice*, porque ella exceptúa en términos expresos, de la prohibición ó incapacidad que establece, la Iglesia parroquial á que pertenezca el testador, y á la cual éste quisiese beneficiar.

Por último, ni siquiera han justificado en legal forma los reclamantes, ser efectivamente sobrinos legítimos de la finada D<sup>a</sup> Tránsito Matienzo, y como tales sus herederos *ab intestato*. En consecuencia, el Juez *á quo* procediendo en justicia, debió necesariamente desechar la demanda; habiendo errado solo en no reprimir su manifiesta temeridad con la imposición de las costas.

En 2<sup>a</sup> Instancia, pretende además la parte apelante haber caducado el legado de que se trata por falta de aceptación; pero esta observación es enteramente infundada, pues mientras que por una parte, todo legado se presume aceptado, á no constar lo contrario, por otra, aquella no ha justificado en manera alguna, la renuncia; y lejos de ésto, el Fiscal Eclesiástico, legítimo representante de estos intereses, ha defendido la validéz y subsistencia de la institución.

Pretenden asimismo los demandantes que el legado no subsiste; por no haber dado el albacea el debido cumplimiento á la indicada disposición testamentaria, reteniendo una casa como suya, y abusando del ejercicio de su cargo.





Todo ésto, Exmo. Señor, es completamente improcedente, ya porque la propiedad de las cosas legadas se trasmite inmediatamente al legatario desde la muerte del testador, como porque, aún cuando fuese de cosas indeterminadas, que debieran individualizarse, la demora por parte de la persona que hubiese de verificarlo, no podría ser causa de caducidad del legado.

El albacea ha reconocido en juicio, expresamente y sin dificultad alguna, pertenecer el legado universal de los bienes de la testadora á la Parroquia del Socorro; y si no cumpliese lo prescripto por aquella en su disposición, lo que habría que hacer, sería obligarlo á que lo ejecute, mas no declarar nulo ó caduco por esto solo el legado.

La conducta abusiva del albacea, de ningún modo debería perjudicar á la Iglesia, pero en obsequio de la verdad debe observarse que no consta que en realidad haya intentado perjudicarla; y lo que aparece únicamente, es que con los alquileres ha reparado la casa, la cual se hallaba en ruinas: ya tendrá que rendir cuentas en oportunidad, á lo que ni podría negarse, ni se ha negado tampoco el albacea, y la Iglesia recibirá todo lo que le corresponde.

Por lo demás, en el presente estado del juicio, no debe serles permitido á los demandantes el desnaturalizarlo, convirtiéndolo, de cuestión sobre la validéz ó nulidad de la institución, en otro juicio muy diverso para la remoción del albacea, que en todo caso se habría de tramitar por separado, iniciándose en 1ª Instancia.

Alega, en fin la parte apelante, con tendencia, según parece, de anular todo lo obrado, el no haberse seguido convenientemente el asunto con el cura de la Parroquia, según se ha debido hacer, dándosele la intervención que le correspondía; pero fuera de que no se ha deducido formal recurso de nulidad, la Iglesia se ha encontrado legalmente representada por su Fiscal; los demandantes entendiéndose con él, tenían reconocida su personería, y es tarde ahora para observarla.

No cree el Fiscal que sería conveniente en asuntos de esta clase introducir la práctica de darse intervención simultánea, al cura y al Fiscal Eclesiástico; pero en todo caso, siendo únicamente la Iglesia á quien pudiera perjudicar la falta de intervención de parte de aquél, sería élla también á quien correspondería exclusivamente decir de nulidad; mas habiéndose juzgado y resuelto en su favor, es claro que tal circunstancia de ningún modo podría motivar el expresado recurso.

Por estas consideraciones y muchas otras que se desprenden de los autos, el Fiscal opina en el caso presente, que debe confirmarse la resolución apelada, con las costas del recurso.

---



# VISTA LXXXIX

## CADUCIDAD DE UN LEGADO

### SUMARIO

Relación del caso.—D. Juan Antonio Rodríguez dejó en su testamento una casa para que sus albaceas entregasen los alquileres á la Capilla del Cármen mientras ésta los precisase.—Hace poco que uno de los herederos se presentó exponiendo que hoy dicha Capilla, habiendo aumentado sus rentas, no precisaba de tales alquileres, y la casa debía volver á la testamentaria.—La patrona de la capilla se opuso alegando que el legado no era condicional, pues las restricciones impuestas se referían solo á su ejecución.—Que hacía muchos años la casa legada había sido entregada, y en todo caso se hallaría prescripta.—Que á la cláusula testamentaria concerniente al legado, se le daba mala inteligencia.—El Fiscal Eclesiástico agregó: que la falta de causa ó su falsedad no viciaba el legado.—Sentido natural de la indicada cláusula.—El legado no contenía efectivamente condición suspensiva, pero sí resolutoria; lo cual se demuestra.—Cómo haya de entenderse la doctrina de que las limitaciones que solo afectan la ejecución, no hacen condicional el legado.—Qué importa en derecho la condición resolutoria.—El derecho condicional no puede prescribirse, antes que la condición se cumpla.—La doctrina de que la falsa causa no vicia el legado, ha sido rechazada por nuestro Código Civil, que sanciona expresamente el principio contrario.

*Exma. Cámara:* — D. Juan Antonio Rodríguez, después de haber fundado y dotado la Capilla llamada del Cármen en esta Capital, recelando el que las rentas de que aquella disfrutaba, por las razones que indica en su testamento, no fuesen suficientes á costear el culto de la manera que él deseaba, por una de las cláusulas de dicho testamento, le





hizo donación de una casa que poseía en la calle Charcas núm. 97; la cual cláusula se encuentra concebida en estos términos : « Es mi voluntad legar como lego, á la predicha Capilla una casa de mi propiedad que está situada en la calle Charcas núm. 97, para que mis albaceas cuiden de entregar mensualmente al sacerdote encargado de la Capilla el alquiler que produzca dicha finca para ayudar á los gastos de aquella..... lo que tendrán especial cuidado de entregar los predichos mis albaceas siempre que lo consideren necesario y lo precise la Capilla.»

Verificado en estos términos el legado de que se trata, el cual ha disfrutado por mucho tiempo la indicada Capilla del Carmen, el año antepasado se presentó don Eduardo Amadeo como heredero del expresado Rodriguez, exponiendo que con motivo de la enorme suba que había tenido el valor de las propiedades raíces, las rentas de dicha Capilla, que poseía además de otras fincas, dos manzanas de terreno adyacentes á la calle Callao, habían aumentado también considerablemente, en términos que no precisaba ya en manera alguna el subsidio proveniente del alquiler de la casa Charcas núm. 97, y que en consecuencia debía cesar su entrega con arreglo á lo dispuesto por el testador; y en esta virtud venía en solicitar se declarase haber caducado el legado de dicha finca.

A esta demanda se opusieron la patrona ó representante de la Capilla, el albacea del señor Rodriguez, y los fiscales eclesiástico y civil, alegando que la disposición testamentaria en que se verificaba el legado no era condicional; pues que la cláusula con que se limita la liberalidad, *mientras la Capilla lo precise*, no se refería al legado mismo, sino á su ejecución, ó solo afectaba al adverbio *mensualmente* relativo á la entrega de los alquileres, estableciendo que la entrega solo debería ser mensual, cuando la Capilla tuviera necesidad, y que en caso contrario los albaceas podrían excusarse de verificarlo en esa forma.

Se observó también que no siendo condicional el legado,



los albaceas habían procedido á cumplirlo inmediatamente después de la muerte del testador; haciendo ya mucho tiempo que lo disfrutaba, treinta ó cuarenta años, lo cual sería bastante para haber prescripto cualquier derecho que los herederos de Rodríguez pudieran invocar en oposición.

Se alegó por último, que siendo constante el que la falsa causa no vicia el legado, aún cuando fuese cierto que el motivo que indujo al testador á verificar el expresado legado, hubiese sido el considerar deficientes las rentas de la Capilla, y hoy no lo fuesen efectivamente, no por eso debía caducar la disposición en cuestión.

El juez *á quo* sentenció definitivamente declarando que según los términos del legado y en consideración á que la Capilla del Cármen disfrutaba hoy día suficientes rentas para costear el culto con prescindencia de los alquileres de la casa Charcas 97, el legado de la misma ha caducado, y ésta debe revertir á los herederos del testador Rodríguez: resolución de que se ha apelado.

El Fiscal, Exma. Cámara, encuentra esta resolución de todo punto arreglada; pues que se ajusta estrictamente al mérito de autos y á las prescripciones legales que rigen el caso, dando á la cláusula de que deriva la cuestión su sentido natural y la única interpretación razonable que élla admite.

El legado, en efecto, por los términos en que se encuentra concebido, no depende de ninguna condición suspensiva; y por lo mismo debía procederse desde luego á su cumplimiento; pero tampoco era absoluto en el sentido de que por él se transmitiese á la Capilla del Cármen el dominio perfecto ó la propiedad irrevocable de la casa, desde que la percepción por parte de ésta y el aprovechamiento de su renta solo debía durar por el tiempo que lo precisas.

El legado contenía, pues, una verdadera cláusula resolutoria, dado que la designación de un plazo incierto, con referencia á un acontecimiento futuro, que puede realizarse ó no, importa verdadera condición, y desde que, la realización



de ese acontecimiento debía hacer cesar de todo punto los efectos de la liberalidad (art. 2663).

Que la mente del testador no fué la de conferir á perpetuidad y en términos absolutos á la Capilla del Cármen la propiedad de la casa en cuestión, se deduce claramente de los términos en que se halla redactada la cláusula que contenía dicho legado. En ella se dice que el legado tiene por objeto ayudar á los gastos de la Capilla. No quiso, pues, que los alquileres de la casa formasen parte de la renta ordinaria de aquella, sino simplemente aumentarla de un modo provisorio.

No mandó que la finca se entregase á la patrona administradora de la Capilla, como era natural si su intención hubiera sido donarla sin reserva ni restricción alguna, sino que prescribió el que se conservase en poder de sus albaceas, quienes, mientras la iglesia lo precisase, le entregarán mensualmente los alquileres.

Por último, como se ve, la entrega de éstos no era perpetua é incondicional, sino que debía durar solamente mientras los albaceas lo conceptuasen necesario y la Capilla los precisase: es decir, que no precisándolos ó cuando aquella no los precisase, dejaría de percibir los alquileres de la finca, lo cual importa un plazo determinado con relación á un acontecimiento futuro é incierto, que constituye verdadera condición, no suspensiva ciertamente en el caso presente, pero sí resolutoria (art. 569 y 553).

Ahora bien, no pudiendo ponerse en duda razonablemente ni por un momento, el que las rentas de la Capilla debían haber crecido enormemente con la inmensa suba que han tenido las cuantiosas propiedades raíces que posee, es evidente también el que no precisando ya para el sostenimiento del culto, de los alquileres de la casa en cuestión, es llegado el caso del acontecimiento previsto en la disposición testamentaria del Sr. Rodríguez, y que constituye la condición resolutoria del legado.

Decir que el significado de la cláusula que nos ocupa, al



establecer que los albaceas dejarían de entregar los alquileres de la casa cuando la Capilla no los precisase, se refiere solo á la manera de verificarlo, que en otro caso debía ser mensual, es atribuir á dicha cláusula una inteligencia del todo arbitraria é infundada.

Si lo que inducía al testador á aplicar como subsidio á las rentas de la capilla destinadas á costear el culto, los alquileres de la casa en cuestión, era la deficiencia de aquellas, al establecer que cesase la entrega de dichos alquileres cuando las rentas fuesen suficientes, no puede entenderse que solo cambiaba la forma de la entrega, sino que hacía cesar su disposición cuando faltase la razón que la motivaba.

Siendo anuales los principales gastos del culto en dicha Capilla, á saber, la función de la Virgen y el sueldo del capellan, de poco ó ningún alivio vendría á servirle, aún en el supuesto de una situación apurada, el que la entrega de los alquileres de la casa legada fuese mensual, ni ésto era bastante para introducir una cláusula especial relativa á dicho caso.

Ni se diga que las restricciones ó limitaciones referentes, no al legado mismo, sino á su ejecución, no hacen aquél condicional, pues ésto debe entenderse de las prescripciones que solo suspenden, postergan ó modifican la ejecución, más de ninguna suerte es aplicable á la condición que obsta perpetuamente á la ejecución del legado, pues semejante condición afectaría forzosamente la disposición misma, dejando sin efecto el legado, resolviéndolo ó haciéndolo caducar.

Nada importa el que los albaceas hubiesen hecho entrega á la Capilla de la casa legada, para lo cual no estaban autorizados, porque aquella de ningún modo habría podido prescribir el derecho de reversión correspondiente condicionalmente á los herederos, ya porque los representantes de dicha Capilla debiendo conocer sus títulos, no podían ignorar que la propiedad por ellos conferida era resoluble é imperfecta, como porque la prescripción de un derecho condicional no puede verificarse, ni aún iniciarse siquiera, antes de que



la condición se cumpla, y el expresado derecho pueda ser ejercido. (Art. 3957 Cód. Civ.)

Por último, aunque fuese cierto que la falsa causa no vicia el legado, sino que éste debiera subsistir en todo caso, esta doctrina no sería aplicable en manera alguna á la cuestión que nos ocupa, porque no debe confundirse la causa con la condición. Poco importaría que el motivo expresado por el testador para verificar un legado fuese falso, desde que existiese otro verdadero; pero si convirtiese ese mismo motivo en una condición expresa, es fuera de duda, que fallando ésta, la disposición quedaría sin efecto.

Mas la doctrina indicada que consideraba válido el legado, aunque su causa resultase falsa, si bien estaba admitida en el Derecho Romano y en el Código de las Partidas, por razón de que el testador muchas veces no es sincero al expresar la causa que motiva una disposición, existiendo quizá otras muy diversas de las que manifiesta, y que tal vez son muy verdaderas, aunque ésta sea inexacta, ha sido rechazada en nuestro Código Civil, que por el contrario, lo mismo en los contratos que en los testamentos, anula la disposición fundada solamente en una causa falsa.

«Toda disposición testamentaria, dice el artículo 3832, fundada en una falsa causa ó en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno:» disposición que ilustra el mismo Dr. Velez en los términos siguientes: «Nos ponemos en el caso de que un testador exprese en un segundo testamento, que instituye por heredero á B, porque cree que C instituido en el primer testamento haya muerto. Si C vive, no puede decirse que su institución haya sido revocada. Ó en el caso en que el testador nombra un albacea y le hace un legado por el mandato que le encomienda, y el albacea no acepta el cargo, es claro que el legado que tenía una causa no puede existir cuando ella falta.» De suerte que el indicado argumento partía de una base equivocada.

Se han invocado, Exma. Cámara, diversas reglas de interpretación, que poca ó ninguna atingencia tienen con la

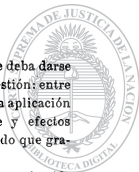


cuestión que se ventila, sobre la inteligencia que deba darse á la cláusula testamentaria á que se refiere la cuestión: entre todas ellas, la única quizá que pueda tener alguna aplicación al caso, es la de que en duda sobre el alcance y efectos de una obligación, ésta debe limitarse en el sentido que grave menos al deudor.

Las consideraciones que preceden, Exma. Cámara, justifican, á juicio del Fiscal, el acierto de la resolución apelada; y en su mérito concluye solicitando la confirmación de aquella.

Buenos Aires, Julio 23 de 1887.

---



# VISTA XC

## SUCESIÓN .AB INTESTATO.

### SUMARIO

Habiendo el Juez declarado vacante, por falta de diaposición testamentaria y por no haberla reclamado ningún pariente, la herencia del finado don José Manuel Therán, se presentó don Liborio Therán diciéndose heredero, como hermano natural uterino de dicho finado.—Recibida la causa á prueba, el reclamante acreditó su parentesco con éste por el testamento de la madre doña Dolores Therán de Castro, en que reconocía á ambos y á varios otros hijos naturales y con información de testigos sobre que los expresados don José Manuel y don Liborio se habían tratado siempre como hermanos.—Sin embargo, resultando también que el primero había fallecido en vida de la madre sin que ésta se hiciese declarar heredera, el Juez insistió en su primer resolución que consideraba vacante dicha herencia.—A juicio del Fiscal esta sentencia es equivocada; porque siendo el reclamante pariente en grado sucesible, no obsta el que pueda existir otro de línea ó grado preferente.—Demostrado como se encuentra, que existen parientes con derecho á heredar, eso basta para que la sucesión no pueda ser declarada vacante.—Si hubiese parientes de línea preferente ó de grado más próximo, ésto produciría entre ellos y el reclamante una cuestión que no interesaría ya al Fisco.—En consecuencia de la doctrina expuesta, deducida de los principios que atribuyen á la parentela el derecho de sucesión, debe revocarse la sentencia apelada.

*Exma. Cámara:* — Habiendo declarado vacante el Juez en lo Civil la herencia del finado don José Manuel Therán que, según parece, no había testado, se presentó don Liborio Therán, diciéndose hermano uterino de aquél y pretendiendo que le correspondía su herencia, en defecto de ascendientes, descendientes ú otro heredero forzoso, con arreglo al art. 3587 del Código Civil.





Comprobaba lo primero con la declaración contenida en el testamento por escritura pública de la finada doña Dolores Therán de Castro, que se reconoce madre natural así del reclamante como del expresado don José Manuel Therán y de otros varios hermanos de éstos; y ofrecía también á mayor abundamiento justificar su derecho por otros antecedentes.

Recibida la causa á prueba á petición de la parte y de conformidad con el defensor de la herencia, se produjeron efectivamente varios testigos, de cuyas declaraciones resulta que don José Manuel y don Liborio Therán tenían por madre natural común, á la enunciada D<sup>a</sup> Dolores; y que además se reconocían y trataban como hermanos.

Se dejan notar en cuanto al procedimiento, algunos defectos y vacíos; pero según se expone, están salvados en el expediente principal de la testamentaria, del cual el presente es un mero incidente que aunque gira por cuerda separada, tiene, no obstante, necesariamente estrecha concesión con aquél.

Esto supuesto, Exma. Cámara, el haberse justificado sin oposición de nadie, que el enunciado don José Manuel ha dejado un medio hermano natural, que es el reclamante, era por cierto suficiente fundamento para que revocándose la declaración de vacancia de dicha herencia, se admitiese á su posesión á don Liborio, sin perjuicio de los demás parientes que puedan existir y á quienes correspondiese igual ó preferente derecho.

Mas, el Juez *á quo* ha apreciado los hechos de otro modo; y encontrando en el mencionado testamento de doña Dolores Therán de Castro, que don José Manuel falleció en vida suya, deduce de aquí que ella debía ser la heredera forzosa, justificando su calidad de madre natural y obteniendo la correspondiente declaración.

Deduce también que don Liborio no puede pretender directamente en manera alguna la herencia de don José Manuel y que solo podría llegar á ese resultado, peticionando en concepto de heredero de la indicada doña Dolores, cuando ésta



hubiese sido declarada sucesora como madre natural del expresado don José Manuel.

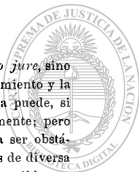
Hay sin embargo, en el razonamiento por el cual se excluye la pretensión del reclamante, manifiesta contradicción; porque si la indicación de que don José Manuel tenía madre natural, y de que ésta se encontraba viva cuando falleció, no es obstáculo para declarar vacante la herencia y que entre el Fisco en posesión de ella ¿por qué lo sería para que la tome un medio hermano natural, admitiéndole como heredero?

Este se encuentra incuestionablemente en grado sucesible, y su derecho, por consiguiente, es preferente al del Fisco: luego, demostrada como se encuentra, de un modo satisfactorio, la existencia de un medio hermano natural, la herencia de ninguna suerte, puede considerarse vacante.

Si el finado tenía madre viva, este hecho podría influir seguramente en el orden de la sucesión, transmitiendo aquella á sus herederos, entre los cuales se encontraría el mismo D. Liborio, sus derechos de opción (art. 3319); como también en la manera de dividirse la herencia los interesados caso de aceptarla: pero jamás podría producir por resultado el que en justicia se la declarase vacante, constando que existe un hermano uterino del finado.

Las cuestiones que de aquel hecho podrían nacer, solo afectarían á los parientes inmediatos y únicamente versarían entre ellos, sin interesar ya al Fisco; porque éste jamás vendría á concurrir con aquellos en la herencia *ab intestato*; y mucho menos podría pretender preferencia, desde que solo hereda en su defecto. (Art. 3588).

Hay más: según el sistema del Código, el derecho hereditario corresponde al mismo tiempo á todos los parientes que se encuentren en grado sucesible, aún cuando sea preferente el de los más inmediatos; pero sin que ninguno de ellos pueda ser excluido de la herencia por la consideración de que exista otro más próximo; mientras éste no reclame y haga valer sus derechos (art. 3424).



La madre natural tampoco hereda al hijo *ipso jure*, sino que necesita gestionar judicialmente su reconocimiento y la declaración de sus derechos (art. 3412), que ella puede, si quiere, renunciar ó abandonar tácita y expresamente; pero sin que su inactividad ó la de sus sucesores pueda ser obstáculo al ejercicio de sus derechos á otros parientes de diversa línea, ó más distantes aunque todavía en grado sucesible.

Si pues doña Dolores Therán de Castro falleció sin reclamar, ni hacer valer los suyos á la herencia intestada de su hijo natural don José Manuel, cuya posesión, por tanto, jamás obtuvo; y si nadie se ha presentado tampoco en representación suya á deducirlos después, dando lugar con ésto á que la herencia se tenga por vacante, tales derechos no son un obstáculo legal para que un pariente con derecho á heredar, cual lo es sin duda alguna el hermano uterino, en competencia solo con el Fisco, se pretenda heredero, y deba ser reconocido por tal; pues que lo es en realidad. (Art. 3424, 3587 y 88).

Por estas consideraciones, en el caso presente, el Fiscal opina : que es equivocada la resolución apelada, en que se desecha infundadamente la pretensión del recurrente : y que revocándose aquella, éste en justicia debe ser declarado heredero de su hermano uterino don José Manuel Therán, sin perjuicio de otros parientes que puedan existir, y á quienes corresponda igual ó mejor derecho.

Buenos Aires, Junio 1° de 1886.

---

# VISTA XCI

## EL PRIVILEGIO DEL BANCO DE LA PROVINCIA

### SUMARIO

Relación de los hechos: cuestiones que de ella surgen para la resolución del caso.—Los privilegios fiscales de que el Banco disfrutaba comprendían hipoteca tácita.—La fecha respecto á la prelación que élla confiere, debería referirse á la época en que nació la deuda.—Si habiéndose dado letras, la renovación de éstas induzca novación del crédito?—Principios que rigen la materia de novación y que no la admiten por la mera aceptación de letras.—Casos especiales.—Cuando en las letras se cambia la causa de la obligación.—Cuando se otorga, al admitirlas, recibo simple de lo que se adeudaba.—Cuando se anota el pago sin referencia á las letras.—La obligación se distingue de la causa que la produce y del documento que la comprueba.—Este puede rehacerse y sufrir muchas transformaciones, sin que tal circunstancia induzca novación de la obligación.—El renovar una letra tampoco es darse por pagado de la anterior obligación; sino en los mismos casos en que se presume la voluntad de novar.—Al novar una obligación, el acreedor puede reservarse la hipoteca que tenía constituida en su favor.—En este caso debe hacerse anotar de nuevo con referencia á la primera inscripción.—Si por el contrario, se da por pagada la primera deuda y por cancelada la hipoteca, aunque ésta se renueve no conservará la antigüedad de la anterior.—¿Si el acreedor podrá evitar este resultado, demostrando que á pesar de su confesión de haber sido pagado, en realidad, nada recibió?—El que admitiendo letras, firmó recibo simple de lo que se le debía y produjo novación, no podría anularla, probando que nada se le entregó.—La extinción de la primera obligación no viene en tal caso de la entrega efectiva de lo adeudado, sino de la suscripción de recibo simple.—Este hecho induce la voluntad de novar; y sus efectos subsistirían por tanto, aunque la letra no fuese satisfecha.—Mucho menos el que para recibir un nuevo documento, declara en escritura pública haber sido pagado y que cancela la hipoteca, puede revivirla, demostrando que nada se le pagó.—Aún producida esta prueba, subsistiría como causa extintiva de la primera obligación y de la hipoteca, su consentimiento en





darse por pagado.—¿Si el Banco provincial conserva el antiguo privilegio fiscal con hipoteca tácita?—Habiendo el Código suprimido los privilegios personales, y no de causa, lo mismo que las hipotecas tácitas, la resolución de la cuestión consiste en averiguar si el Banco se encuentra sujeto al Código.—Declarándose en éste que sus leyes obligan á todos los habitantes de la República, nacionales ó extranjeros, domiciliados ó transeúntes, la resolución de la cuestión propuesta, vendría á depender de averiguar si el Banco funciona en territorio argentino.—La conservación del privilegio del Banco con hipoteca tácita, y el reconocimiento á las provincias de la facultad de autorizar otros con igual ó diversos privilegios, imposibilitaría la unidad de jurisprudencia y echaría por tierra la reforma del sistema hipotecario.—Se examinan los principios del Código, bajo su faz económica, con relación á la propiedad; y se exponen los fundamentos de la reforma en cuanto al sistema hipotecario.—Se demuestra que son de todo punto incompatibles con la existencia de hipotecas generales y gravámenes ocultos, que no provienen de convenciones, sino de la misma ley.—Razones que se aducen para sostener que en el nuevo régimen subsiste todavía la hipoteca tácita del Banco.—Que la ley de su creación no siendo civil, sino de carácter especial, no ha podido ser derogada por el Código, que es una ley general.—Dicha ley ú otra cualquiera en cuanto produzca efectos civiles, es civil; y el Código declara que deroga toda disposición opuesta, *general ó especial*.—Que el privilegio fiscal del Banco, comprensivo de hipoteca tácita está garantido por el artículo 7<sup>o</sup> del pacto 11 de Noviembre de 1859.—Esta afirmación es inexacta; lo cual se demuestra examinando los antecedentes históricos de aquel pacto y el alcance de la cláusula referente al Banco.—Se fija el verdadero sentido de esta cláusula, y se comprueba con muchos argumentos lo equivocado de la inteligencia que se le atribuye.—Que la ley de creación del Banco Nacional reconoció el privilegio fiscal que correspondía al de la Provincia.—Esto no es exacto; y lo que hizo el Congreso fué abstenerse de resolver la cuestión, reservando á los Tribunales su decisión.—Lejos de poderse sacar argumento alguno de la reducción del art. 30 de la enunciada ley, se deducirá más bien en sentido contrario.—Inconvenientes y dificultades insuperables que se presentarían para la aplicación del antiguo privilegio en el nuevo régimen.—Si aquél subsistiera hoy día, no se conservaría tal cual era, sino en extremo aumentado y exagerado hasta el punto de constituir una anomalía fenomenal en jurisprudencia.—Conclusión.

*Exma. Cámara:* — § 1<sup>o</sup> El 21 de Agosto de 1875 se presentó á uno de los Juzgados civiles D. R. Machally, manifestando las dificultades de su situación y haciendo cesión de bienes á favor de sus acreedores, entre los cuales mencionaba al Banco de la Provincia por la cantidad de 368,800 pesos moneda corriente, y á D. Bernabé Font por 425,000, garantidos estos últimos con hipoteca sobre la casa calle

Tacuari, núms. 153 y 155, por escritura pública otorgada con fecha 28 de Febrero de 1873, de la que se tomó razón en oportunidad.

El crédito del Banco constaba por varias letras, que según aparece de la prueba producida, eran renovaciones de otras ya vencidas, á las cuales habían sustituido; y provenia, al ménos en su mayor parte, de préstamos anteriores á la mencionada fecha de la hipoteca de Font, pues aunque ella había existido desde el 2 de Diciembre de 1870, para comprender los intereses vencidos acumulándolos al capital, por la citada escritura de 28 de Febrero de 1873, el acreedor lejos de reservársela, la había dado por cancelada, y en esta escritura se constituyó otra nueva sobre la misma finca.

En esa consideración, partiendo el síndico del supuesto de que la simple renovación de las letras vencidas, sin cambiarse la causa de la obligación, no importa novación; y procediendo sobre la base de que el Banco en razón de los privilegios fiscales que disfruta, y que consisten en hipoteca tácita y general sobre los bienes del deudor, cuya preferencia sobre las especiales y expresas se determina por las fechas, debía ser preferido para el pago, en el estado de graduación que presentó, le acordó efectivamente prelación á su crédito sobre el de Font.

§ 2 Este, sin embargo, disconformándose con esa clasificación, la impugnó por varios motivos: 1° porque aún en la hipótesis de que realmente el Banco tenga hipoteca tácita en garantía de su crédito, no es exacto que deba considerarse anterior á la suya que, según se ha referido, empezó en 1870, no obstante que se le otorgase de nuevo en 1873, á consecuencia del arreglo verificado entonces.

2° Porque importando un verdadero pago cada renovación de una letra, de las muchas realizadas por el Banco en sus arreglos con Machally, la primera obligación se extingue en casos tales y empieza otra nueva, cuya fecha se-







ría, por tanto, la que determinase la antigüedad que realmente correspondiese al privilegio.

3º Porque habiéndose restringido, primero el alcance de la hipoteca legal, comprendida en los privilegios fiscales, (Código de Comercio, art. 1609, inc. 1º), y suprimiéndose ésta enteramente por último (Código Civil, art. 13115) como institución dañosa á los intereses públicos y opuesta al desarrollo del crédito, no es cierto que á pesar de todo, el expresado Banco continué disfrutándola, cuando en la actualidad no la tiene el Nacional, el mismo Estado provincial que se la comunicó, ni en fin el fisco de la Nación.

Estas son, pues, Exma. Cámara, las cuestiones que le incumbe examinar al Fiscal; y aunque ellas hayan sido ya extensa y eruditamente debatidas por abogados competentísimos, lo verificará lleno de recelo sobre sus aptitudes, y solamente por deber, para que pueda resolverse en seguida, si es justa ó no la sentencia apelada, que aprobando el indicado estado de graduación presentado por el síndico, ha reconocido en favor del Banco provincial, la prelación de su crédito respecto del que reclamaba el recurrente, en los bienes del concursado Machally.

# I

§ 3. *La primera* de las indicadas cuestiones consiste en determinar cual es la fecha que haya de atribuirse á la hipoteca expresa de Font, con relación al privilegio que ella confiere; si la que llevaba la escritura en que se constituyó por primera vez, 2 de Diciembre de 1870, ó la del documento en que después de habérsele dado por cancelada y anulada, se estableció de nuevo.

En efecto, debe advertirse que á esta última escritura precedió otra, también pública, por la cual Font, como acreedor, declaraba haber sido pagado íntegramente de lo que se le adeudaba; y que en esa virtud daba por nula la hi-



poteca hasta entonces existente constituida en garantía de su crédito, consintiendo en que el deudor la hiciese cancelar en el registro cuando quisiese; habiéndose además anotado el pago, al márgen del protocolo de la primer escritura constitutiva del crédito y de la hipoteca.

Es, pues, fuera de duda para el exponente, el que esta hipoteca concluyó; porque habiéndose extinguido legalmente la obligación por el pago (Código Civil, artículo 724) no podía subsistir la hipoteca, que no es más que un accesorio suyo, el cual no se concibe siquiera sin aquélla, desde que lo accesorio supone siempre una cosa principal á que adhiera; de donde se deduce la regla admitida en la jurisprudencia respecto á la terminación de las obligaciones accesorias; de que se acaban, no solo por los mismos modos que las demás, sino también por los que ponen fin á la obligación principal. (Código Civil arts. 525 y 2042).

Es cierto que en el caso que nos ocupa, no se tomó razón en el registro, de la cancelación de la hipoteca de que se trata; pero esta formalidad no es indispensable, ni su omisión es bastante á conservar una hipoteca legalmente extinguida, pues tiene solo por objeto permitir al dueño de la finca sobre la cual aquélla se hallaba establecida, disponer de ella con libertad, haciendo constar que no reconoce ya gravámen alguno. (Código Civil, art. 3187—Segovia, tomo 2º, pág. 362, nota 191.

§ 4. Alega el Sr. Font que en realidad no hubo tal pago, y que de lo que se trataba únicamente era de capitalizar los intereses devengados, con la misma garantía de la hipoteca: es muy verosímil y hasta indudable que así ha sucedido; pero tampoco puede desconocerse en manera alguna, que al verificarlo adoptó una forma inconveniente, que si bien le volvía á dar como garantía la misma hipoteca que había tenido, consintiendo en cancelarla para recibirla de nuevo, le hacía perder su antigüedad.

Para renovar el documento de la deuda comprendiendo los intereses, no necesitaba seguramente declarar antes que

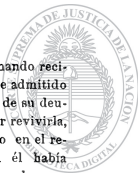


había sido satisfecho de aquella, y que por tanto la hipoteca que hasta entonces había gozado quedaba extinguida; y pudo muy bien hacer la capitalización de intereses, reservándose la misma hipoteca ya establecida (Código Civil, art. 3190); pero en vez de proceder así, mal aconsejado sin duda, la renunció y extinguió imprudentemente, para recibirla de nuevo, y entonces con razón se le opone su renuncia, que no le es permitido retractar en perjuicio de terceros, sino por las causas legales que anulan el consentimiento, (Código Civil, arts. 575 y 1200).

Admitiendo que, en realidad, antes de otorgársele á Font la nueva escritura hipotecaria, fecha 28 de Febrero de 1873, no hubo en realidad, por parte de Machally y su esposa el pago de lo que le adeudaban, que confesaba en documento separado, es innegable que al menos consintió en darse por pagado, al objeto de recibir en la forma que deseaba, incluyendo los intereses, la nueva expresada escritura, la cual se le otorgó efectivamente.

Esto bastaría para terminar la primera hipoteca, desde que era suficiente á extinguir legalmente la deuda, aunque al mismo tiempo se crease otra nueva á la que, por más que tuviese origen en la anterior, se señalaba sin embargo, por causa un hecho distinto ó prestación diferente. *Illud expeditum est, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum.*

§ 5. Si el acreedor que al recibir billetes ó letras de cambio por el importe de la suma que se le debe, otorga recibo simple por el valor de la obligación, ó anota su pago sin referirse á los billetes ó letras, extingue absolutamente su crédito, (Código de Comercio, art. 684, inc. 2º), aunque después aquéllos no sean satisfechos, por cuanto consintió en darse por pagado, ¿cómo no lo extinguirá el que para recibir un nuevo documento firma, no solo recibo simple, sino el más solemne, en escritura pública y en términos absolutos, haciendo además anotar el pago en el protocolo de la que servía de título á su crédito?



¿Le será permitido acaso al acreedor que, firmando recibo simple por el importe de su crédito, hubiese admitido letras, y extinguido de esta manera la obligación de su deudor, si ellas no fuesen luego satisfechas, pretender revivirla, con ofrecer justificar que á pesar de lo expresado en el recibo, en realidad nada se le había entregado ni él había percibido tampoco? No, ciertamente; antes, esa prueba vendría á ser de todo punto inútil al propósito indicado.

Lo que en el caso expuesto habría extinguido la obligación primitiva, no sería evidentemente la entrega por parte del deudor de lo que debía, sino la suscripción de recibo por el acreedor al admitir las letras, lo cual indicaba su consentimiento para darse por pagado de lo que se le adeudaba; de suerte que aún averiguado que nada había recibido realmente, subsistiría siempre el efecto de su voluntad suficientemente manifestada por el otorgamiento del recibo, que era la causa extintiva de la obligación. (Código Civil art. 872).

§ 6. La misma observación sería aplicable á Font en la cuestión *sub-judice*: habiendo consentido en dar por concluida y extinguida la obligación de los esposos Machally consignada en la primera escritura de 2 de Diciembre de 1870, á fin de recibir un nuevo documento en los términos que deseaba, el cual se le dió realmente, confesando antes haber sido satisfecho de lo que se le adeudaba, aunque hubiese demostrado que ésto no sucedió y que en verdad nada había recibido, esa demostración no destruiría la prueba de su consentimiento en darse por pagado, resultante, no de la entrega, sino de su propia confesión y reconocimiento hechos libremente, sin error alguno y por causa lícita. (Nota del Dr. Velez al art. 516 del Código Civil).

Al efecto de extinguir una obligación, lo mismo es de parte del acreedor, recibir en realidad el pago, que darse voluntariamente por recibido de lo que se le debe, desde que en ésto no medien dolo, error, violencia, ni fraude, pues al respecto indicado, todas las causas legítimas de liberación son equivalentes, al pago, y producen idénticos resultados, de cancelar



la deuda principal con sus accesorios. (Vinnio, Coment. de las Inst., lib. 3º tít. 39, § de Solut, nº 1º).

Debemos, por tanto, dejar establecido que Font en virtud del arreglo que celebró con sus deudores en 28 de Febrero de 1873, canceló y extinguió su primitivo crédito, renunciando también consiguientemente su derecho de hipoteca, á la cual no puede ahora reconocerse otra fecha, que aquella en que se constituyó de nuevo. (Código Civil, art. 3193).

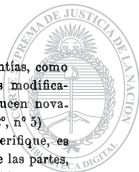
## II

§ 7. *La segunda cuestión* de las propuestas al principio, y cuya decisión tiene por objeto determinar la fecha del privilegio hipotecario del Banco, que ciertamente debería ser la del crédito que demanda, consiste en saber si la renovación de una letra á su vencimiento, equivale al pago de la primera ó importa novación de la deuda.

En caso de afirmativa, debiendo la fecha de la hipoteca tácita referirse á la del crédito, según se acaba de establecer; y debiendo también el que se consigne en la letra renovada, considerarse nuevo crédito, respecto del que com. probaba la vencida y devuelta al deudor, es claro que la anti-güedad de dicha hipoteca dataría solamente desde la fecha de la última letra; remontando por el contrario á la de la primera, en caso de negativa.

Con respecto á la novación, ésta se define: la transformación de una obligación en otra, la cual sustituye á la anterior que queda extinguida; suponiendo de consiguiente dos obligaciones diversas, que pueden serlo, ó porque se cambien las personas del acreedor ó deudor, ó porque se mude ya sea el objeto ó la causa de la primera obligación. (Código Civil, arts. 801 y 802).

Las alteraciones introducidas en ésta, que sin afectar lo sustancial, se refieren solamente al tiempo, al lugar ó al modo del pago, aunque aumenten ó disminuyan la canti-



dad y los intereses, establezcan ó supriman garantías, como la fianza, una prenda ó cláusula penal, son meras modificaciones que no extinguen la obligación ni producen novación. (Vöet, Coment. á las Pandectas, lib. 46, tít. 2º, nº 5)

Esta no se presume, antes bien, para que se verifique, es necesario que resulte claramente de la voluntad de las partes, cual sucedería cuando la existencia de ambas obligaciones resultase incompatible. Así es, que por recibirse billetes ó letras en pago, no se entiende novada la obligación, á ménos que en ellas se exprese distinta causa, que el acreedor haya firmado antes recibo simple, ó que anotase el pago sin referencia alguna á dichos billetes ó letras. (Código Civil, arts. 812 y 813; Código de Comercio, art. 983).

§ 8º Como se ve, las letras pueden provenir, no solamente de un contrato de cambio, sino de cualquier otra causa capaz de originar legalmente una obligación; teniendo por objeto constatarla y facilitar su pago, sin que vengan á confundirse con ella misma; porque, ésta debe distinguirse siempre del documento ó título que la compruebe. (Nota del Dr. Velez al art. 812, al final).

Sentados estos principios, á la verdad incontrovertibles, desendamos al exámen de la cuestión de si, el renovar una letra importa precisamente novación. Cuando el Banco presta dinero á interés, exige para resguardo y como comprobante de su crédito, una letra á cierto plazo, cuya causa, por parte del deudor, es la obligación que contrae al recibir el préstamo, de restituir en oportunidad el valor que se le confía.

Cuando al vencimiento de la letra, aquél consiente en renovarla en todo ó en parte, subsistiendo la causa de la obligación, á saber el préstamo, no variando tampoco el objeto, ni cambiándose en fin las personas del acreedor y deudor, no puede sostenerse que se produzca novación, desde que nada sustancial se ha alterado: se ha rehecho, es verdad, el documento de la deuda; pero según lo hemos establecido, no hay que confundir la obligación con el título que la acredita; y siendo éste diverso, aquélla puede ser la misma.



§ 9. La obligación contraída solamente de palabra puede consignarse en un documento, que permita comprobarla en juicio; la que solo constaba de instrumento privado, puede hacerse ejecutiva, elevándolo á la escritura pública; en fin, por una deuda civil nacida de cualquier causa común, puede firmarse una letra ó pagaré á la orden, haciéndose entonces mercantil; sin que en ninguno de estos casos se produzca novación en la deuda, á pesar de las transformaciones que sufra el documento.

Aunque en la renovación de una letra se concede nuevo plazo, se varía á veces el interés ó se cambia la garantía, ya hemos visto que tales alteraciones no afectan lo sustancial: modifican solamente la obligación, más no producen novación.

Tampoco puede decirse, como ha sostenido Font en estos autos, que en casos tales de renovación, en que la letra vencida es devuelta al deudor, el cual suscribe otra nueva, existe verdadero pago; pues, hablando con propiedad, la entrega de billetes ó letras por una deuda, lo mismo que la renovación de éstas, no es verdadero pago, sino simplemente una promesa de pago, que puede muy bien salir fallida y no cumplirse, no produciendo entonces resultado alguno.

Ni sería fundado pretender que al menos el Banco se da por pagado, porque el recibo de billetes ó letras por parte del acreedor en satisfacción de su crédito, se considera condicional, si éstos fuesen cubiertos al vencimiento; y no debe atribuirsele un carácter absoluto, sino en los casos mencionados; si se cambiase en ellos la causa de la obligación, si el acreedor hubiese firmado recibo simple ó en fin, si anotase el pago sin referencia alguna á los billetes ó letras.

§ 10. La devolución del documento al deudor puede hacer presumir su pago, cuando éste alegase haberlo verificado; lo que no ha sucedido en el caso presente, en el cual, además, aquella presunción resultaría desvanecida por los libros del Banco, de cuyo contenido se deduce, que la deuda



de Machally no ha sido satisfecha, sino con las letras que obraban en poder de aquél y que han sido presentadas al concurso. Constando la identidad del crédito de una letra vencida y de otra renovada, el Código considera que no hay novación, según se desprende de lo que decide para el caso á que se refiere el art. 3202.

Sígnese de lo expuesto que, remontando el origen del crédito reclamado por el Banco de la Provincia, al menos en su mayor parte, á fechas anteriores á 1873, sería preciso referir también la de la hipoteca tácita que le atribuye el privilegio fiscal, á aquellas mismas fechas, resultando entonces ésta mas antigua y preferente sobre la de Font, á la que no puede asignarse otra fecha que la de 28 de Febrero del año indicado.

### III

§ 11. Pero, ¿es cierto que el Banco Provincial disfrute todavía los antiguos privilegios fiscales comprensivos de hipoteca tácita, sobre todos los bienes de sus deudores y cualquiera que sea la causa de la deuda? Con esto llegamos, Exma. Cámara, á la *tercera y última* de las cuestiones propuestas, la mas difícil sin duda y trascendental de todas ellas, que viene debatiéndose desde hace tiempo por los mas ilustrados abogados, y respecto de la cual, la jurisprudencia está por formarse todavía, porque los Tribunales pocas veces la han planteado directamente, y porque sus resoluciones además, no han sido uniformes al respecto.

Tiempo es ya de que termine toda incertidumbre sobre un punto de tanta gravedad; el gran principio de igualdad ante la ley, el vigor de la Legislación nacional, la unidad de jurisprudencia en las provincias, las bases principales de reforma del sistema hipotecario, la libertad de la industria bancaria, el desarrollo del crédito privado que tan estrechamente se liga con el progreso material del país y con la ri-





queza pública; todo, en fin, está comprometido, y reclama la resolución de esa cuestión, que alguna vez debe concluir para siempre.

§ 12. Es indudable que el Banco Provincial, por la ley de su creación de 10 de Octubre de 1854, sancionada en época en que la provincia conservaba la facultad de legislar sobre las materias correspondientes á los Códigos generales, obtuvo el privilegio fiscal, el cual con arreglo á la Legislación española entonces vigente, comprendía ciertamente hipoteca tácita en todos los bienes de sus deudores, preferente á las de igual clase, aunque fuesen anteriores. (Leyes 23, 25 y 33, tít. 13, part. 5ª).

Los antiguos Códigos, promulgados en tiempos remotos, en que no había nacido todavía la ciencia económica, y bajo el imperio de instituciones monárquicas, en que no se consultaba la igualdad de derechos, multiplicaban las hipotecas tácitas y prodigaban exorbitantes privilegios personales.

Así es que al tratarse de la reorganización, el Dr. Alberdi, ocupándose del sistema económico y rentístico, había reclamado contra ese desorden, que haciendo inseguro é incierto el estado de la propiedad, mientras subsistiese, sería un serio obstáculo al desarrollo del crédito; y después de demostrar que para fomentar la industria, se debía propender á la introducción de capitales extranjeros, hacía ver también que sería imposible obtenerse este resultado, sin cambiarse el vicioso sistema que criticaba, pues ningún capitalista extranjero se resolvería á venir aquí, á luchar con un ejército de competidores armados de privilegios. (Organización de la Conf. Arg., pág. 431).

Esta observación era exacta, y el autor del Código Civil, siendo al mismo tiempo un distinguido jurisconsulto y eminente estadista, no podía desconocer los principios económicos en que se fundaba; vino, pues, la reforma con la sanción de aquel Código, en el cual se prestó como era consiguiente, la mayor atención al arreglo de la propiedad; cuidándose especialmente de conservar expedita y libre la cir-



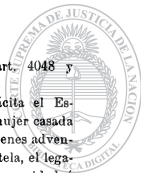
culación, con allanar todo obstáculo legal, y desembarazar aquélla de ciertas instituciones complicadas, que al desmembrarla inconvenientemente, hacían inciertos los derechos y dificultaban las transacciones.

§ 13. Se impidió, desde luego amortizar la propiedad raíz por la prohibición perpetua de enajenar; se eliminaron de entre los derechos reales, el censo consignativo y el reservativo, el *enfiteúsis*, la superficie, toda renta perpetua, las vinculaciones y sustituciones por fideicomisos. Se hizo tabla rasa de los privilegios personales, y no de causa. En fin, la hipoteca tácita ó legal fué suprimida en absoluto. (Véanse los arts. 2513, 2612, 2613, 2614, 3115, 3732, y el tit. 1º, sec. 2º, lib. 4º del Código).

Si, pues, la presente cuestión sobre si el Banco Provincial disfruta ó no de hipoteca tácita en los bienes de Machally, cuyo concurso es posterior á la vigencia del Código Civil, se hubiera de resolver por los principios y disposiciones en él adoptados, no podría trepidarse ni un momento siquiera para decidirse por la negativa, porque aquéllas son las más expresas y terminantes, en sentido contrario á las pretensiones del Banco.

En efecto, no solo los particulares que disfrutaban igual privilegio lo han perdido, sino que tampoco lo conservan el Erario Nacional, ni el Estado mismo que se lo concedió al Banco, sino muy diverso y solo cuando se trate de impuestos (arts. 3879, inc. 2º y 3880, inc. 5º), y lo que es más, nadie hace cuestión de que el Código al reglar esa materia pudiese quitárselo, ni duda tampoco de que en esto haya procedido acertadamente.

§ 14. No solo fué suprimida para en adelante la hipoteca legal por razones de orden público, contra el cual no puede haber derechos adquiridos que impidan la reforma que él reclame (Código Civil, art. 5º), sino que quedaron suprimidas también aún las hipotecas tácitas ya constituidas, negándose el que pudieran considerarse derechos perfectos, á menos que, á la publicación del Código, la acción hubiese



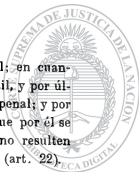
sido ya deducida en juicio. (Código Civil, art. 4048 y su nota).

Perdieron, pues, el privilegio de hipoteca tácita el Estado Nacional y Provincial, el refaccionario, la mujer casada ó viuda por su dote, el hijo de familia por los bienes adventicios y reservables, el pupilo huérfano bajo tutela, el legatario, la iglesia, los establecimientos públicos de caridad ó beneficencia, hospicios, hospitales, colegios y demás. ¿Lo conservará única y exclusivamente el Banco Provincial? Lo repite el Fiscal: la resolución de esta cuestión depende solo de averiguarse, si respecto de privilegios é hipotecas, como en cualquier otra materia, el Banco se encuentra sujeto al Código Civil, ó si, por el contrario, vive fuera de la ley común á todo argentino ó extranjero habitante del país.

A la verdad, Exma. Cámara, que apenas se concibe que en un país democrático, regido por instituciones libres y que consagran como su primer dogma, la igualdad de derechos ante la ley, haciéndola extensiva en cuanto á los civiles hasta los extranjeros, pueda plantearse semejante cuestión y que haya quien pretenda formalmente *que la ley se hizo para todos, pero no para él*, cuando el primer artículo del Código declara en términos absolutos que «las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes»; después de lo cual todo se reduciría á averiguar si el Banco existe ó no en territorio argentino.

#### IV

§ 15. Se dice, sin embargo, que una disposición especial, como la ley constitutiva del Banco, no siendo civil, no ha podido ser derogada por el Código Civil, cuyas disposiciones son generales: pero este argumento es una pura sutileza, pues por una parte, cualquiera que sea el carácter que quiera atribuirse á una ley, es fuera de duda, que en cuanto



produzca efectos civiles, debe considerársela civil; en cuanto se refiera á materias de comercio, es mercantil, y por último, en cuanto establezca penas, será también penal; y por otra, el Código Civil declara expresamente, que por él se derogan todas las disposiciones existentes que no resulten acordes con las suyas, sean *generales ó especiales* (art. 22).

Las leyes que establecían los mayorazgos eran por cierto, mas bien políticas que civiles, pues se relacionaban estrechamente con la organización de la monarquía, y sin embargo, sin duda de ningún género, esas leyes si no se hubiesen encontrado ya derogadas, lo hubieran sido á la publicación del Código Civil, por las disposiciones en que para desamortizar la propiedad raiz, se prohíben las vinculaciones, fideicomisos, sustituciones y cláusulas de no enajenar á perpetuidad.

Cuando la indicada ley de creación del Banco Provincial fuese administrativa, tampoco se concibe ni es admisible en las provincias, un derecho administrativo opuesto á las leyes nacionales ó contrario á los Códigos generales á los cuales deben éstas conformarse en todo caso; como no serían procedentes ni regulares, ordenanzas municipales contrarias á las disposiciones legislativas de las provincias.

Administrativo era en los antiguos cabildos, dar dinero á censo ó conceder terrenos en enfiteusis; pero hoy día las municipalidades no podrían hacerlo, por haber suprimido el Código Civil aquellos derechos reales.

Administrativos eran asimismo, ciertos impuestos de peaje y de herencias transversales, que sin embargo, han sido declarados inconstitucionales como opuestos al Código. En fin, administrativa es también la enajenación de tierras públicas; pero hoy las provincias no podrían verificarla con imposición de rentas perpetuas ó con prohibición de vender.

Por donde se ve claramente que los Códigos nacionales no pueden dejar de influir sobre las disposiciones administrativas de las provincias, en cuanto tales actos se rocen con ellos, ya impidiendo el que se dicten en lo sucesivo váli-



damente, ya derogando las que antes se hubiesen adoptado y que resultan ahora contrarias á los principios y prescripciones sancionados en aquellos.

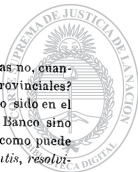
§ 16. Pero se alega también que la mencionada ley orgánica del Banco, que le acordaba en sus transacciones el privilegio fiscal, el cual comprendía hipoteca tácita en todos los bienes del deudor, no ha podido ser derogada por el Código Civil dado por la Nación, por cuanto ésta en el art. 7° del pacto de 11 de Noviembre de 1859 con la provincia de Buenos Aires, ratificado mas tarde en la Constitución, art. 104, se obligó á respetarla, reconociendo dicho establecimiento como propiedad de aquella, y estipulando que sería gobernado y legislado por la provincia, lo mismo que los demás establecimientos que le pertenecían.

Lo que hizo la provincia al crear el Banco, que era un establecimiento puramente fiscal, no fué otra cosa que participarle, comunicándoselo, el mismo privilegio de que disfrutaba su fisco; pero esta concesión sin tiempo fijo y sin contrato, pues la provincia no podía contratar consigo misma, era en precario y estaba sujeta por tanto, á ser revocada ó modificada cualquier día.

Lo único que ella importaba, era que el Banco disfrutase el privilegio del fisco, tal como entonces existía y mientras existiese, ó como se reglamentase después; sin garantizarse de modo alguno que esto no sucedería, y que dicho privilegio se conservaría siempre inalterable; sin que de consiguiente, hablándose con propiedad, pueda decirse derogada esta ley por la reforma ó supresión del privilegio fiscal, á que ella no se oponía en manera alguna.

§ 17. Si el Banco se encuentra exactamente en el mismo caso que el fisco y demás establecimientos fiscales de la provincia de Buenos Aires, como acontece realmente; y si se reconoce sin dificultad que todos éstos, por virtud de la sanción del Código Civil han perdido legalmente el privilegio, ¿por qué no sucedería lo mismo con aquél?

¿Por qué el pacto solo se consideraría violado cuando las



disposiciones del Código se aplicasen al Banco, mas no, cuando recaigan sobre los demás establecimientos provinciales? Suprimido legalmente, según se confiesa haberlo sido en el fisco el indicado privilegio, y no siendo el del Banco sino emanación ó comunicación del que aquél tenía, ¿como puede éste pretender que lo conserve? *Resoluto jure dantis, resolvitur jus et accipientis.*

§ 18. Mas en fin ¿qué fué lo que se estipuló entre la Nación y la provincia, en el referido pacto del 11 de Noviembre del 59, que pueda dar margen á sostener que el privilegio del Banco se hacía inalterable por leyes de la Nación, y que por tanto debe considerarse subsistente la hipoteca tácita que disfrutaba, á pesar de que el Código Civil haya suprimido en absoluto tan perversa institución?

Ese pacto ha sido explicado diversamente: el general Mitre, como miembro de la Cámara de Diputados en sesión de 31 de Setiembre de 1878, lo exponía negando que él llevase el espíritu de crear verdaderos privilegios en favor de la provincia de Buenos Aires, y afirmaba que, por el contrario, era puramente defensivo de sus intereses que consideraba amenazados, tendiendo por tanto á mantener el derecho común; y el Dr. Funes, en sesión de... agregaba: que siendo inalienable la soberanía de la Nación; el atribuir á ese pacto tal alcance que pudiera comprometerla, sería no solo poner en duda su legitimidad, sino también demostrar su insubsistencia.

§ 19. La explicación del general Mitre era exacta, y en lo que concierne á las estipulaciones referentes al Banco, ella se demuestra con solo recordar antecedentes históricos innegables. Buenos Aires al reincorporarse á la Confederación, temía que su Banco fuese nacionalizado, pues en alguna época, allá por el año 26, había sido efectivamente un establecimiento nacional.

Ese temor era tanto más fundado, cuanto que el estado de las finanzas de la Confederación era desastroso, y cuanto que estableciéndose en la Constitución, art. 108, que ninguna



provincia podría emitir billetes de crédito sin permiso del Congreso, con solo negársele ese permiso á la de Buenos Aires, se le pondría en la necesidad de suprimir su Banco de emisión inconvertible, ó de consentir en que la Nación lo conservase de su cuenta.

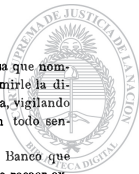
A conjurar ese peligro respondía la estipulación del pacto, en que se aseguraba la conservación del Banco, reconociéndosele propiedad de la provincia de Buenos Aires, que lo gobernaría y legislaría, como á sus demás establecimientos y propiedades; pero sin que ésto modificase ni restringiese en nada, la facultad de la Nación para sancionar los Códigos generales, consignada ya en la Constitución y conservada aún después de la reforma: la renuncia de derechos no se presume.

## V

§ 20. ¿Qué significan, pues, en sentido jurídico las indicadas cláusulas del pacto concernientes al Banco, y cuál es su verdadero alcance? Necesitamos Exma. Cámara, fijar con precisión este punto, porque de la confusión de ideas que á cerca de él se ha introducido, provienen únicamente las dificultades de que hoy se encuentra rodeada la cuestión.

Desde luego, el reconocimiento del Banco como propiedad suya, hecho en favor de la provincia, le acordaba el derecho de conservarlo en calidad de Banco de emisión, sin necesidad de un permiso especial del Congreso que en otro caso habría precisado indispensablemente, y la facultad de disponer con entera libertad de su capital, no menos que de las utilidades.

La facultad de legislarlo comprendía ciertamente, la de organizarlo bajo las bases que tuviese por convenientes, crear el directorio, determinar sus facultades como la naturaleza de las operaciones que le sería permitido hacer, fijar el capital y la emisión, darle estatutos, reglamentos y proveer sobre las demás materias concernientes.



En fin, gobernarlo no puede significar otra cosa que nombrar las personas que lo administrasen, é imprimirle la dirección mas acertada, inspeccionando su marcha, vigilando sus operaciones, y por último fiscalizándolo en todo sentido.

§ 21. Según se ve, pues, la Legislación del Banco que se reservaba á la provincia, era la que hubiese de recaer exclusivamente sobre el establecimiento; no la que pudiera afectar también los derechos y las obligaciones de todas las personas que tratasen con él, y mucho menos los de terceros que, como el Sr. Font, ni siquiera hubiesen contratado con el Banco, pero que por accidente viniesen á concurrir con los suyos, emanando las obligaciones de un deudor común.

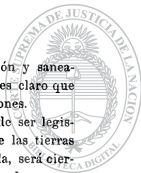
Es cierto que los estatutos del Banco podrán influir muchas veces en la validez ó nulidad de un acto, en cuanto determinan la personería de los directores y autorizan ó no la operación de que se trate, lo mismo que en los casos en que el Código se refiere á ellos, pues siendo públicos, los que contratan con el Banco deben conocerlos.

Pero la Legislación del Banco no puede entrar á crear derechos reales, definir los actos jurídicos, establecer la forma ni determinar sus efectos, por más que á la vez lo afectan; estas cosas pertenecen á los Códigos generales de los que de ningún modo se halla exento dicho establecimiento.

De consiguiente, al tratarse de las leyes á que se encuentra sujeto el Banco, es necesario distinguir entre las materias concernientes á los Códigos, cuya sanción es reservada exclusivamente á la Nación, y lo puramente orgánico y administrativo del establecimiento que conservaba la provincia.

§ 22. Supongamos que se trata de un contrato de compra-venta de una finca hecho por el Banco; el acto podría ser nulo, ya por falta de facultades en los directores para celebrarlo, como porque los estatutos prohibiesen la adquisición de bienes raíces, puntos sobre los que correspondería exclusivamente á la provincia legislar; pero si la cuestión versase





sobre la forma de la escritura ó sobre la evicción y saneamiento, siendo estas materias del Código Civil, es claro que se hallaría regida únicamente por sus disposiciones.

Un mismo objeto bajo diversos respectos puede ser legislado por la provincia ó por la Nación : así sobre las tierras públicas comprendidas en los límites de aquélla, será ciertamente su legislatura, la que determine si se han de conservar, colonizar ó vender, como también sobre el destino que se haya de dar á su valor.

Pero las cuestiones sobre propiedad ó posesión, validez ó nulidad del contrato, y en fin sus efectos jurídicos, son legisladas por la Nación que ha sancionado el Código Civil al cual se hallan sujetas las provincias, sin que les sea permitido siquiera, alterar ó modificar sus disposiciones.

Cuando, pues, éste ha sometido el Estado á la misma prescripción que los particulares, la provincia, legislando sobre tierras públicas, no podría, por ejemplo, declararlas imprescriptibles ni exigir más tiempo que el ordinario, razón por la cual se considera caduca la ley provincial que requería cuarenta años.

§ 23. Ahora nos encontramos, Exma. Cámara, en aptitud de resolver qué se quiso decir en el artículo 7º del pacto de 11 de Noviembre del 59, al declarar que el Banco sería legislado por la provincia, á saber, en lo administrativo, como podría legislar también sobre cualquier otra propiedad pública; pero sin que esa facultad excluya en manera alguna ni restrinja siquiera la de la Nación, á la cual se reservó por la Constitución dictar los Códigos generales, legislando sobre las materias que les conciernen, aunque sus disposiciones puedan afectar con mucha frecuencia los derechos de la provincia ó los intereses del Banco.

Por otra parte, el que el establecimiento y graduación de los privilegios, lo mismo que la reglamentación de la hipoteca y demás derechos reales, sean materias correspondientes á los Códigos generales, es cosa que no puede ponerse en duda y que se deduce claramente, no solo de haberlo



resuelto el H. Congreso, comprendiéndolas en los Códigos que ha sancionado, sino que así lo establecen también los demás que quieran consultarse.

Si, pues, la provincia de Buenos Aires pudo conceder válidamente al Banco que creaba el privilegio fiscal comprensivo de hipoteca tácita en los bienes de sus deudores, fue porque en esa época, encontrándose separada de la Confederación, se gobernaba de por sí; y porque aún las provincias que habían aceptado la Constitución, conservaron la facultad de sancionar *pro tempore* disposiciones de carácter civil, hasta que se dió el Código nacional, á cuya publicación éstas han caducado en cuanto resultan opuestas á sus prescripciones (art. 108).

## VI

§ 24. Entender de otro modo la facultad de legislar su Banco y demás establecimientos y propiedades públicas, reservada á la provincia de Buenos Aires por el art. 7° del pacto de 11 de Noviembre del 59, de suerte que no solamente le fuese permitido proveer á su organización y gobierno, mas también determinar sobre las relaciones jurídicas que de algún modo lo afectasen y derechos reales que pudiera pretender contra cualquiera, vendría á importar reconocerle el poder de dictar ó modificar como le conviniese gran parte al menos de los Códigos.

Si pudo darle y puede conservarle privilegios é hipotecas tácitas que no reconoce el Código Civil, podría autorizarlo también para omitir el registro de las expresas y para admitirlas en documento privado, ó bien para adquirir cualquiera de los derechos reales que el Código ha suprimido.

También en lo mercantil podría otorgarle los privilegios de que sus letras no necesitaran protesto para conservar su eficacia, de que no se prescriban por cuatro años, en fin, de cuando habiéndolas endosado él, no fuesen pagadas, su res-



pensabilidad se limite únicamente á la devolución de lo recibido, sin extenderse á daños y perjuicios.

Por último, aún en lo penal, pudiendo muy bien el Banco llegar á ser víctima de un delito, siendo estafado, defraudado, robado ó falsificándose sus billetes, si en la facultad reservada á la provincia por el pacto mencionado, de legislar el Banco, se hubiese de considerar comprendida la de reglar los contratos, los derechos y en general cualquier relación jurídica en que pudiera encontrarse éste, ¿por qué se le negaría el legislar los delitos expresados, definiéndolos y estableciendo las penas en que incurrirían sus autores?

Y luego, siendo la facultad de legislar el Banco reservada á la provincia por el pacto, idéntica en su alcance y efectos, á la de legislar sus demás instituciones, el fisco, por ejemplo, y sus otras propiedades, como las tierras públicas, fuera preciso reconocer que éstas no se prescriben por diez años, según lo dispone el Código, sino por cuarenta como lo establecía la ley provincial de 29 de Julio de 1867; y además que el fisco mismo de la provincia conserva su antiguo privilegio con hipoteca tácita, no siéndole aplicables en ningún sentido, la Legislación nacional ni los Códigos generales.

§ 25. Si por el contrario, se admite, cual sucede en efecto, que no obstante que por el art. 7º del pacto precitado, en que se decía que la provincia se reservaba la facultad de legislar el Banco como sus demás establecimientos y propiedades públicas, la Nación al sancionar el Código Civil, bien ha podido, derogando la ley provincial del 67, que requería cuarenta años, establecer que las tierras públicas se prescriban por diez, y que el fisco provincial no conserve el antiguo privilegio de hipoteca tácita que suprimía, no hay manera de negar, sin manifiesta inconsecuencia, que lo mismo ha podido hacer con el Banco, el cual igualmente que los otros establecimientos y propiedades de la provincia, debía ser legislado por ella según el mencionado pacto.

El fisco provincial y los demás establecimientos públicos que siendo equiparados con el Banco, debían por virtud del



pacto tantas veces aludido, ser legislados por la provincia, no solo según las leyes generales, sino también conforme al art. 1699 del Código de Comercio, sancionado en 8 de Octubre de 1850, gozaban así mismo hipoteca tácita en los casos y sobre los bienes que se determinaban.

Ahora bien, ¿subsisten en la actualidad tales hipotecas tácitas á favor del fisco y establecimientos públicos en general? Todos están convencidos de que no subsisten; ninguno de ellos ha reclamado jamás ni le sería dado reclamar semejante garantía. ¿Qué ley provincial la ha abolido pues? Ninguna: es solamente el Código Civil el que la ha suprimido, sin que persona alguna ponga en duda la perfecta legalidad y el acierto con que en ésto se ha procedido.

§ 26. Luego si la facultad de legislar sus propios establecimientos públicos, reservada á la provincia por el pacto, no ha sido obstáculo legal para que el Código nacional, al suprimir en absoluto la hipoteca tácita, se la haya quitado á dichos establecimientos, tampoco ha podido serlo, para que también haya privado de ella al Banco que se encontraría exactamente en el mismo caso, desde que el Código no lo exceptuase, como no lo ha exceptuado efectivamente, declarando, por el contrario, que sobre materias civiles, lo que en él no se contiene, es como si nunca hubiera existido (art. 22).

Ó el Banco Provincial ha de ser considerado persona jurídica, ó simplemente una propiedad del Estado igual á las otras; si lo primero, el Código declara expresamente que legisla sobre los Bancos como personas jurídicas, y que á éstas, lo mismo que á las demás incapaces, solo las protege al efecto de evitar las consecuencias de su incapacidad, pero sin acordarles privilegio alguno (art. 33, inc. 3º y art. 58).

Si lo segundo, el Banco sería un establecimiento puramente fiscal ó una oficina del Gobierno provincial, cual lo denomina el Dr. Alberdi (Organización de la Confederación, pág. 416); y puesto que según se reconoce, éste por virtud de las disposiciones del Código, que ha reglamentado de nuevo sus derechos civiles, no goza ya el privilegio de hi-



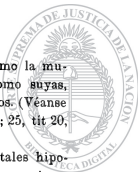
poteca tácita, mal puede continuar comunicándosele a aquél, porque nadie da lo que no tiene, y porque caducado el derecho del concedente, forzoso es que caduque también el de aquél á quien se había concedido en precario (artículos 3270 y 3278).

## VII

§ 27. Se ha dicho, Exma. Cámara, que el Código Civil al suprimir en absoluto la hipoteca tácita, declarando en los términos más expresos, que no existe otra que la convencional, no exceptuaba en manera alguna la que había disfrutado el Banco, que no era otra que la misma que correspondía al fisco, la cual se confiesa que no subsiste; debe agregarse que en el nuevo sistema que adoptaba sobre la graduación de créditos, tampoco habría podido conservarla, sin deformarlo enteramente.

El indicado privilegio, por exorbitante que fuese en realidad, era admisible en un sistema de Legislación que multiplicaba las hipotecas tácitas y concedía numerosos privilegios, los cuales en concurrencia con aquél, muchas veces le harían competencia al mismo fisco, y no pocas se le sobrepondrían; pero suprimidas las demás hipotecas tácitas y abolidos también todos los privilegios personales, si únicamente subsistiera el del Banco, resultaría tan exagerado y enorme que vendría á constituir una verdadera anomalía, cual nunca existió, ni es posible exista en Legislación alguna.

Al lado de la hipoteca privilegiada del fisco existían la de la mujer ó viuda por su dote y la del refaccionario que no eran inferiores, gozando también hipoteca tácita el hijo de familia, el pupilo en tutela, los legatarios, la iglesia, conventos, hospitales, colegios, universidades y demás establecimientos públicos, religiosos, científicos, de caridad ó de beneficencia; y fuera del beneficio de restitución *in integrum*



concedido á los incapaces, tanto los menores como la mujer casada, podían por privilegio, reivindicar como suyas, las fincas en que se hubiesen invertido sus dineros. (Véanse las leyes del tit. 13, Part. 5ª 21, tit. 16, Part. 6ª; 25, tit 20, Part. 1ª; 10, tit 19, Part. 6ª y 49, tit. 5º. Part. 5ª)

§ 28. Hoy por de contado, no se conservan tales hipotecas, ni se mantienen esos privilegios; de suerte que si por excepción especialísima y única, supusiéramos que el Banco Provincial retuviese su privilegio de hipoteca tácita, él no existiría en las condiciones en que le fué concedido, sujeto á la concurrencia de otros muchos privilegiados también, de diversas maneras, sino aumentado y recrecido sobremanera, pues se hallaría absolutamente libre de competidores.

Esta hipótesis de la subsistencia parcial del régimen anterior con relación á una persona solamente, suscitaria gravísimas dudas, produciendo gran confusión en los principios, puesto que para graduar la prelación del Banco seria forzoso recurrir á la antigua Legislación, en cuyo sistema se admitían también con el del fisco, los indicados privilegios, hoy derogados; siendo inaplicables las reglas del nuevo Código, que ningún lugar asigna á la hipoteca tácita por haber sido suprimida en él.

§ 29. El Banco Provincial ha aprovechado grandemente de los saludables efectos de la reforma introducida por el nuevo Código sobre hipotecas, al deshechar las tácitas y las generales sobre todos los bienes, pues según su historiador Dr. Garrigós, solo después de la anhelada y benéfica reforma, le ha sido posible establecer un Departamento hipotecario que permita el desarrollo del crédito real. («Banco de la Provincia», pág. 220).

Mas, por lo que concierne á los demás Bancos, y á los particulares, se empeña sin embargo en mantener, en cuanto puede favorecerle, ese mismo sistema caduco y pernicioso de hipotecas tácitas y generales que tanto tiempo le sirviera de obstáculo; y lo que es más, procura perpetuarlo, amparándolo por cláusulas constitucionales que no hacen al caso,



sin tener en consideración lo que exigen la igualdad, la justicia y la conveniencia general.

El Banco, Exma. Cámara, invoca en su favor el Código Civil; y al parecer se reconoce sujeto á sus disposiciones, menos en lo referente á privilegios é hipotecas tácitas: aún en estas materias, admite también, que correspondiendo á dicho Código, bien ha podido éste suprimir la hipoteca tácita de la mujer, de los menores é incapaces, de las iglesias, hospitales, colegios y demás competidores; pero no así la suya, porque ese establecimiento, según el pacto, solo podía ser legislado por la provincia.

§ 30. Mas entonces, ¿cómo se reconoce obligado por ciertas disposiciones? ¿cuales serán las disposiciones del Código que le obliguen? Si solo la provincia pudiese dar leyes que lo ligen (legislarlo) ¿cómo se concibe que lo obliguen también algunas disposiciones nacionales? ó ¿qué otra regla tendremos para conocerlas, que distinguir las materias que correspondan á la Nación, y las que competen á las provincias, dentro de la órbita trazada por la Constitución?

La provincia podrá legislar cuanto quiera su Banco, y gobernarlo exclusivamente en concepto de propiedad suya; pero sin entrometerse en materias como las de privilegios é hipotecas, correspondientes al Código Civil, cuya sanción, lo mismo que la de los demás Códigos generales, excepto el de Procedimientos; ha sido reservada por la Constitución también de un modo exclusivo y sin limitación alguna, á la Nación; no pudiendo las provincias reformarlo ó modificarlo siquiera. (Art. 67, inc. 11 y 103).

## VIII

§ 31. Se observa en contrario, que el H. Congreso ha reconocido, sino en términos expresos, al menos de una manera implícita, pero bastante clara, que las provincias tienen facultad para autorizar Bancos, concediéndoles además, pri-



vilegios, que puedan dar á sus créditos prelación sobre los otros, en los bienes del deudor común.

Para demostrarlo se aduce el texto de la ley de creación del Banco Nacional, fecha 5 de Noviembre de 1872, en cuyo art. 30 se declara: que dicho Banco no gozará de privilegios fiscales en la República; pero que sus créditos no podrán ser inferiores en prelación, á los de cualquier otro establecimiento de Banco autorizado por leyes provinciales.

Tan inexacto es el que por esta ley, se declarase la legalidad de los privilegios fiscales concedidos á los Bancos por las provincias, reconociéndose en ellas la facultad de acordárselos, que por poco que se mediten sus términos, y se profundice su espíritu, no podrá ménos de comprenderse que por el contrario, al adoptarse una redacción calculadamente ambigua, lo que se propuso en realidad el H. Congreso, fué precisamente abstenerse de resolver la cuestión.

§ 32. Es evidente que de hecho, han existido en la República, varios Bancos Provinciales con privilegios fiscales, no solo en Buenos Aires, sino también en Córdoba, Santa Fé y algunas otras provincias quizá; lo cual como era consiguiente, produjo la cuestión sobre la ilegalidad del enunciado privilegio; cuestión cuya resolución el Congreso considerándola sin duda, mas propia de los Tribunales que del Poder Legislativo, no quiso pronunciar por medio de una ley; habiéndose más tarde decidido efectivamente en Córdoba, por los Tribunales, en sentido negativo de todo privilegio no contenido en el Código Civil. (Véanse las sentencias recaídas en los pleitos de D. Julian Amenabar con D. José Eche-  
nique, y del Banco Provincial con los acreedores al concurso de D. Isidoro Gonzalez).

El H. Congreso al constituir el Banco Nacional, creyendo injusto y dañoso á los intereses públicos, otorgarle el exorbitante privilegio fiscal, se abstuvo de concedérselo; pero debiendo no obstante, proteger y amparar los del establecimiento que trataba de crear, resguardándolo contra los privilegios que se atribuían otros Bancos autorizados por las provincias,



al efecto se limitó á declarar: que aunque el Banco Nacional no disfrutaria privilegio, sus créditos, sin embargo, no serian de inferior condicion á los de aquéllos.

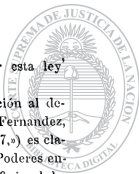
Esto último, si se reflexiona, podria verificarse de dos maneras: ó porque en caso de ser legítimo el privilegio que invocaban los Bancos Provinciales, el Nacional cuando se encontrase en concurrencia con ellos, lo adquiriese también; ó porque no siendo constitucional, ni válido por consiguiente el indicado privilegio, no pudiese en realidad conferir á dichos Bancos legalmente, prelacion alguna, ni sobre los créditos del Banco Nacional, ni sobre los demás comunes y llanos.

§ 33. Viéndolo bien, la expresada declaracion, muy lejos de importar reconocerse en ella la legalidad de los enunciadados privilegios fiscales con hipoteca tácita, acordados á sus respectivos Bancos por las provincias, implicaba al contrario, por induccion, su absoluto desconocimiento; pues el prescribir que los créditos del Banco Nacional que según se establecia, debian ser considerados llanos y sin privilegio alguno, concurririan sin embargo con los de los expresados Bancos Provinciales, equivalia á declarar positivamente, aunque de un modo implícito, que en realidad, tampoco éstos lo tenian.

De otra suerte, fuera un error demasiado grosero equiparar tales créditos de los Bancos Provinciales, á los de otro Banco no privilegiado y de consiguiente comunes; pues que no puede suceder que un crédito con privilegio haya de concurrir en idénticas condiciones, con otro que no lo tenga porque seria implicante.

Privilegio, dice el artículo 3875 del Código, es el derecho dado al acreedor, para ser pagado con preferencia á otro: luego si los Bancos Provinciales, por la mencionada ley, no tienen derecho á ser pagados con preferencia al Banco nacional, que según ella misma, no seria más que un acreedor común, al cual en ningún caso se acuerda prelacion, aunque





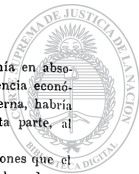
se niegue á todos respecto de él, en realidad por esta ley' dichos Bancos no tienen el pretendido privilegio.

§ 34. Si todo privilegio importando una excepción al derecho común, debe ser obra de la ley (Gutierrez Fernandez, «Estudios Fundamentales,» tom, 1º, págs. 75 y 127,») es claro que su sanción corresponderá á los mismos Poderes encargados por la constitución de establecer y definir el derecho común; y puesto que se trata de un privilegio en materia civil, á la misma autoridad á quien compete dictar el Código Civil, es decir á la Nación; de quien no debe presumirse haber renunciado al respecto, sus altas prerrogativas, en todo ni en parte, á mérito solamente de una cláusula en extremo vaga y mal interpretada, del pacto de Noviembre.

Si pudiera tolerarse en las provincias, el que, so pretexto de administración, aún después de sancionados los Códigos nacionales, continuasen legislando en las materias que les conciernen, con total prescindencia de sus disposiciones; ó que conservaran instituciones manifiestamente opuestas á sus principios, fuera por cierto imposible alcanzar la unidad de jurisprudencia en la República, que procuraba la Constitución, al reservar á la Nación la sanción de los Códigos generales, aunque le fuera preciso separarse en ésto, de lo que parecía prescribir el sistema federal que adoptaba.

En particular, reconocer en aquéllas la facultad omnimoda de constituir Bancos armados de privilegios fiscales, en el sentido de la antigua Legislación, con hipoteca tácita ú otras exenciones equivalentes, sería admitir la perspectiva de catorce ó quince Bancos de esta clase, cuyas numerosas é importantes negociaciones, multiplicando tales gravámenes ocultos á la propiedad, harían inseguras é inciertas las transacciones é imposible el desarrollo del crédito privado.

Desde luego, la sabia y progresista reforma del sistema hipotecario introducida por el Código Civil, calcada principalmente en la especialidad y publicidad de las hipotecas, é incompatible por tanto, con la conservación de las tácitas ó



puramente legales, que en consecuencia suprimía en absoluto, cual lo reclamaban los principios de la ciencia económica y los adelantos de la jurisprudencia moderna, habría fracasado por completo; conservándonos en esta parte, al nivel de los países más atrasados.

§ 35. Tales son, Exma. Cámara, las observaciones que el exposante cree deber hacer á la senteneia reclamada, en que reconociéndose á favor del Banco de la provincia, en el concurso Machally, el privilegio de hipoteca tácita que ha invocado, se considera su crédito preferente al de D. Bernabé Font, que se hallaba garantido por hipoteca especial y expresa, oportunamente registrada.

El Fiscal entiende y sostiene: que al declararse por el artículo 3115 del Código Civil, en términos absolutos, que no existe otra hipoteca que la convencional, han sido suprimidas por el mismo hecho, todas las tácitas ó legales, sin excepción de una sola, que no debe admitirse, desde que la ley no introduce excepción alguna, ni distingue.

Encuentra, pues, equivocada la sentencia apelada; y opina que debe revocarse, resolviéndose que el crédito hipotecario de Font tiene prelación sobre el del Banco, el cual no es más que un crédito común, porque no goza del privilegio que se le atribuye.

Buenos Aires, Julio 5 de 1888. .

# SECCION II

Jurisdicción, Superintendencia y Procedimientos

---



## VISTA XCII

**Admisibilidad de la prueba de filiación adulterina  
en la cuestión de estado**

### SUMARIO

Contestada la filiación legítima de una persona la parte demandante ofreció prueba acerca de la procedencia de aquella.—El juez considerando prohibida esa indagación por el artículo 341 del Código Civil, se rehusó á admitirla.—Apelada esta resolución, denegó también el recurso, ya por no encontrar disposición especial que lo concediese en el caso, como por no haber sido preparado en la forma prevenida por el artículo 105 de la ley de procedimientos.—Introducido sin embargo el recurso directamente, de hecho, motivó el dictamen siguiente :

*Erma. Cámara :* — En concepto del fiscal, ha sido indebidamente denegado el recurso de apelación interpuesto; pues el auto de fs. 27 vuelta, fecha 24 de Octubre del año pasado, sobre el cual versa el expresado recurso, indudablemente era apelable.

Es regla general, en materia de procedimientos, que puede apelarse, no solo de sentencias definitivas, sino también de las interlocutorias con fuerza de definitivas, ó que pueden



traer gravamen irreparable; á menos que por disposición especial se encuentre negada la apelación.

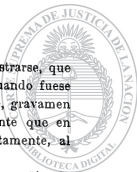
Resulta, por tanto, equivocado el fundamento alegado por el juez *á quo*, para denegar esta vez el indicado recurso: á saber, que no se haya autorizado de un modo especial para el caso presente; pues que según lo expuesto, y en conformidad á la regla que se ha mencionado, ha debido concederlo, mientras que no se adujese disposición especial que lo prohibiera.

Tampoco es exacto, como aquél lo establece, que haya debido prepararse, solicitándose antes de interponerse, una audiencia, en la cual se pidiese revocatoria de la providencia reclamada, por la que declarándose la cuestión de puro derecho, se desechaba implícitamente la prueba ofrecida por la demandante.

Aunque así se encuentra dispuesto efectivamente, por el artículo 105 de la ley de Procedimientos civiles, para el caso en que el juez innecesariamente recibiese la causa á prueba, este caso es muy diverso, y no tiene relación alguna con aquél, en que por el contrario, se niega la prueba.

El que estima como innecesario que el pleito se reciba á prueba ó que al efecto de producirse ésta se conceda un término, debe presumirse que confiesa, ó se halla dispuesto al menos á reconocer, la verdad de los hechos pertinentes alegados por su contendor; pues de otro modo no se comprendería el que pudiera oponerse razonablemente á la admisión de la prueba ofrecida por éste.

Ahora bien, siendo esto así, es oportuna indudablemente, la audiencia que la ley previene, antes de apelarse, para reclamar de la indicada providencia; porque el que se considerase agraviado por ella, podría con facilidad evitar la dilación que traería el término señalado para la prueba, con solo reconocer judicialmente la verdad de los hechos sobre que ésta debía recaer; lo cual no es aplicable en manera alguna, al caso en que á la inversa, el juez se niegue á admitir dicha prueba.



Por lo demás, no necesita ciertamente demostrarse, que la providencia en que se desecha la prueba, cuando fuese conducente, puede traer á la parte que la ofrece, gravamen irreparable por definitiva, desde que es constante que en cuanto á los hechos, ésta debe atenerse estrictamente, al mérito de autos.

Asimismo es manifiesto, que declarar una cuestión de puro derecho, importa tanto, como desechar la prueba ofrecida por la parte, clasificándose tácitamente los hechos alegados como impertinentes; ó considerándose dicha prueba ilegal é inadmisibile en el caso; resolución que sin duda alguna puede producir agravio irreparable.

El Fiscal, Exma. Cámara, va más adelante; y opina además, que el auto apelado, en cuanto desecha implícitamente la prueba intentada por la demandante, la agravia efectivamente, cansándole gravamen irreparable; pues por una parte, esa prueba es conducente, y por otra, es también legal.

Dicha prueba fuera de duda es indispensable; puesto que debe versar sobre los hechos fundamentales de la demanda, sin cuya demostración jamás procedería la acción que se intenta ó el derecho que se reclama, habiendo sido negados por la demandada.

Es también legal y admisible, ya porque según el Código, el derecho de reclamar la filiación, ó de contestar la legitimidad no se extingue, ni por prescripción, ni por renuncia expresa ó tácita, artículo 462, cuanto porque la legitimación de los hijos puede ser impugnada por los parientes más inmediatos ó por los que tengan un interés actual en hacerlo.

Por estas consideraciones, en el caso presente, opina el Fiscal: que el auto reclamado no solo es apelable, sino que siendo también equivocado y realmente gravoso para la parte apelante, no puede subsistir legalmente, y que V. E. en justicia debe revocarlo.

---

## VISTA XCIII

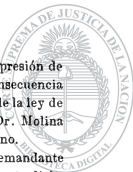
### COMPETENCIA NEGATIVA ENTRE DOS JUECES

#### SUMARIO

Relación del caso: interpuesta una demanda sobre rendición de cuentas, ante el Juez en lo Civil Dr. Bustos, el demandado lo recusó sin expresión de causa.—Dicho Juez admitiendo la recusación, mandó pasar el asunto al otro Juez á quien correspondía en el orden de turno.—Notificada esta resolución al demandante, solicitó inmediatamente su revocación por varias razones.—Dicho Juez se abstiene de conocer en este recurso por cuanto según la ley, la causa debe pasar al Juez que corresponda por el turno.—Este á su vez se niega á conocer por cuanto según la ley, el recurso de reposición debe ser deducido ante el Juez que dictó la providencia reclamada y resuelto por el mismo.—Insistiendo en su separación el Juez originario, quien considera que la cuestión afecta su persona, ha surgido competencia negativa.—El mismo Juez recusado es quien debe resolver en la recusación sin causa.—Aunque admitida ésta la causa debe pasar á otro Juez, no se puede atribuir efecto legal á la resolución que la admite antes de ejecutoriarse.—En el caso presente ésto no ha sucedido, por haberse solicitado en tiempo la revocación.—La recusación sin causa afecta la jurisdicción, pero no la persona del Juez recusado.—Así como ésto debe proveer sobre la recusación, puede reconsiderar y reverter su resolución.

*Exma. Cámara:*—Como lo instruye este expediente habiendo el Dr. D Florentino Vocos, tutor del menor D. Juan Pedro Mazzini y Perrotti, interpuesto demanda sobre rendición de cuentas contra D. Juan B. Mazzini, en el Juzgado Civil del Dr. Bustos, el procurador del demandado, después de hacer reconocer su personería en este asunto, que según pa-





rece, es incidente de otro principal, recusó sin expresión de causa, al indicado Juez Dr. Bustos, quien en consecuencia y de conformidad á lo prevenido en el art. 366 de la ley de Procedimientos, mandó pasar la causa al Juez Dr. Molina Arrotea, á quien correspondía en el orden de turno.

Notificada, sin embargo, esta resolución al demandante Dr. Vocos, no considerándola arreglada, ni procedente dicha recusación, ya por que antes de deducirla, el recusante había practicado otra gestión en el juicio, ya porque estando aceptado de antemano el Juez Dr. Bustos en los autos principales, creía que no se le podía recusar sin causa en el presente asunto, que solo es una emergencia de aquellos, solicitó en tiempo, revocatoria por contrario imperio de la mencionada providencia, por la cual el enunciado Juez Dr. Bustos dándose por recusado, se separaba del conocimiento del asunto.

El Juez Dr. Bustos se ha abstenido de conocer y se niega á resolver sobre este recurso, pues procede en la inteligencia de que su resolución corresponde al Juez en lo Civil Dr. Molina Arrotea; á quien mediante la recusación, había mandado pasar el conocimiento del asunto.

A su vez el Juez Dr. Molina Arrotea piensa que debiendo ser resuelto el recurso de reposición, según lo establecido en el art. 223 de la citada ley de Procedimientos Civiles, por el mismo Juez que ha dictado la providencia reclamada, ante el cual se ha de deducir, y en efecto se ha deducido el indicado recurso de que se trata, es el Juez Dr. Bustos, á quien corresponde decidir, de lo cual ha surgido en esta causa una competencia negativa que ha provocado la intervención de V. E.

El Fiscal, Exma. Cámara, después de tomar en consideración los antecedentes expuestos, procurando ilustrarlos con los principios que rigen la materia, opina que según la mente de la ley, en la recusación sin causa, es el mismo Juez recusado á quien compete resolver sobre la personeria, la oportunidad y la forma de la recusación; y quien consiguiente-





mente puede y debe revisar su propia resolución á mérito del expresado recurso.

Que si bien, como lo establece el Juez Dr. Bustos, por efecto de aquella con arreglo á la ley, el conocimiento del asunto en que tenga lugar, debe pasar al Juez á quien corresponda en el orden de turno, el decreto en que se admite la recusación, como cualquiera otra providencia judicial, que por su naturaleza admita algun recurso, no puede producir efecto alguno legal, mientras no llegue á ejecutoriarse.

En fin, que interpuesto en tiempo y forma en el caso presente, el recurso de reposición contra el decreto que admitía la recusación sin causa deducida por el demandado, aquel decreto no ha podido ejecutoriarse; obstando para ésto el enunciado recurso que se encuentra pendiente; ni por lo mismo debe empezar aún é producir sus efectos.

Así pues, ni el Juez originario Dr. Bustos ha quedado todavía privado de su jurisdicción en el asunto, por más que se hallase dispuesto á desprenderse de ella, ni tampoco es llegada la oportunidad en que la causa debe pasar al Juez que corresponda en el orden de turno, porque éste será el efecto de la recusación admitida legalmente; pero no puede reputarse tal, aquella cuya admisión ha sido reclamada por el recurso interpuesto, en que se pide el que ésta se revoque por contrario imperio.

Por último, no es exacto á juicio del Fiscal, que la recusación sin causa afecte, como lo entiendo el Juez originario Dr. Bustos, la persona del Juez recusado, y lo inhíba en consecuencia para resolver sobre aquella; por más que sin duda alguna, afecte realmente la jurisdicción que ejerce; pues estas cosas á la verdad, hablando con exatitud, son enteramente diversas.

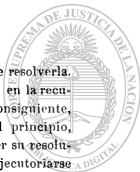
Así la cuestión que surja en cualquier causa sobre la competencia ó incompetencia del Juez que ha empezado á entender en ella, afecta por cierto directamente su jurisdicción; pero como esto no obstante, de ningún modo afecta su persona, lejos de quedar inhibido para conocer en esa

cuestión, es el mismo por el contrario, quien debe resolverla.

Sucede otro tanto en concepto del exponente en la recusación sin causa: el mismo Juez recusado es por consiguiente, quien debe admitirla ó desecharla; y por igual principio, él es también quien debe reconsiderar y reverter su resolución acerca de ella, si antes que ésta llegue á ejecutoriarse es reclamada en tiempo, mediante la interposición de un recurso legal, como ha sucedido en el caso presente.

Buenos Aires, Julio 28 de 1887.

---



## VISTA LCIV

**Los Asesores de Menores deben intervenir ante los Jueces de Paz, en aquellos juicios en que la ley lo requiere so pena de nulidad**



*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del conflicto que ha surgido entre el Asesor del Ministerio de Menores, Dr. Arjerich, y el Juez de Paz de la sexta sección, Dr. Landivar, sobre las atribuciones concernientes al primero, que dicho Juez supone debe desempeñar lo mismo en los Juzgados de Paz, que en los demás Tribunales, lo que aquél desconoce absolutamente, remitiéndose á la resolución que V. E. dicte al respecto por virtud de la superintendencia que la ley acuerda á esta Exma. Cámara.

Desde luego el Fiscal se ha preocupado sobre la procedencia del recurso que se ha traído á V. E.; y encontrando que efectivamente la ley le atribuye la superintendencia de todos los Tribunales inferiores, incluso los de Paz, y la vigilancia sobre la conducta de los empleados en el cumplimiento de sus deberes, se persuade de que llegado un caso como el presente, le incumbe asimismo el determinarlos.

Poniéndose en duda si los defensores ó sus Asesores puedan ser considerados comprendidos en el personal que compone la Justicia de Paz, aun cuando formen parte de la organización de los Tribunales Superiores, no sería propio



seguramente el que ese punto fuese resuelto solo por los Jueces de Paz, contra cuya resolución si aquellos fuesen agraviados no podrían apelar para ante V. E. ni interponer otro recurso alguno.

Además es indudable, que la resolución de la cuestión que envuelve el indicado conflicto, aumentando considerablemente ó restringiendo los deberes y atribuciones de los Asesores de Menores, vendría á afectar de un modo directo en su marcha á los Tribunales Superiores, en los cuales, según los casos, los expresados funcionarios deben intervenir necesariamente, y en este concepto una tal resolución no podría emanar legalmente sino de V. E. que debe mantener el orden en unos y otros tribunales, ejerciendo el gobierno económico, que á este efecto se le confiere.

Esto supuesto, el exponente pasa á ocuparse del punto que motiva el conflicto. Siendo de derecho expreso que la intervención del Ministerio de Menores es indispensable y esencial á la validez de todo juicio en que se interesen menores ó incapaces, la cual intervención se desempeña por medio de los Asesores, es evidente el que los Jueces de Paz no podrían prescindir de ella sin incurrir en la nulidad de sus procedimientos.

Cierto es que antes de ahora, no habiéndose reorganizado todavía el Ministerio de Menores como lo aconsejaba el autor del Código Civil, y lo hace indispensable también la extensión que éste asigna á sus atribuciones, en la práctica no se ha dado intervención á dicho Ministerio, ni en los asuntos extrajudiciales de incapaces, según aquél lo prescribe, ni en los judiciales que giraban ante los Jueces de Paz.

Mas estos últimos negocios podían considerarse insignificantes ó de muy escasa importancia, lo que no sucede en la actualidad en que la ley, transformando los Tribunales de Paz que hoy se desempeñan por Jueces letrados, ha aumentado al mismo tiempo considerablemente su jurisdicción, en términos que no permiten continuar prescindiéndose, en los casos indicados, del Ministerio de Menores; y no habiéndose



creado por otra parte funcionarios especiales, que actúen ante la Justicia de Paz, no puede excusarse la intervención de los que en general tienen por la ley el encargo de velar por los intereses de los menores.

Cualesquiera que sean los antecedentes legales sobre la creación del Ministerio de Menores en la provincia de Buenos Aires y la designación de sus atribuciones; habiéndose reorganizado últimamente en la Capital la magistratura y reglándose de nuevo sus atribuciones, por la ley Orgánica de 12 de Noviembre del año ppdo., para determinarse éstas es únicamente á esa ley que debe estarse.

Ahora bien ; en élla los tribunales inferiores han sido transformados completamente de tal manera, que solo conservan el nombre de Jueces de Paz snjetándoseles al procedimiento ordinario, en lo que pueda considerarse esencial, como lo es en asuntos de incapaces la intervención de los Asesores, sin habérseles provisto, según queda observado, de empleados especiales que desempeñen estas funciones.

Al mismo tiempo se declara en los arts. 134 y 137 de la enunciada ley, que la intervención (generalmente y sin limitación alguna) en los asuntos judiciales en que se trate de las personas ó bienes de incapaces, corresponde de un modo exclusivo á los Asesores letrados, quienes en su defensa deben entablar las acciones y recursos necesarios, sea directa ó conjuntamente con los representantes de aquéllos.

Verdad es, Exma. Cámara, que es poco menos que impracticable el que solo dos Asesores puedan desempeñar la representación de los incapaces, si se hiciese extensiva aún á los asuntos en que antes por su pequeñez se prescindía de élla; y sobre todo si para expedirse se les exigiese su comparecencia en tantos tribunales como son los de Paz y Juzgados Superiores; más ésto sería una cuestión diversa y concerniente más bien al procedimiento, que á las atribuciones de los Asesores.

Puede haber á este respecto deficiencia en la ley: mas ésto no basta para que se omita de todo punto la interven-

ción de los Asesores, en asuntos de cierta importancia, solo porque se ventilen ante los Jueces de Paz.

En el mismo caso se hallarían los Agentes Fiscales, de quienes la precitada Ley Orgánica dispone expresamente en el art. 119 que actuarán, no solo ante los Jueces letrados de 1ª Instancia, sino también ante la Justicia de Paz.

De esta disposición puede inferirse igualmente respecto de los Asesores, que la mente de la ley ha sido el que intervengan también en los asuntos que giren ante la Justicia de Paz, por lo menos en aquéllos que hasta el establecimiento de ésta con Jueces letrados, atendida su cuantía é importancia, fué necesaria la intervención de dichos funcionarios.

En conclusión, Exma. Cámara, el Fiscal opina á propósito del conflicto que se ha traído ante V. E. entre los Asesores de Menores y un Juez de Paz, que conforme al espíritu de la Ley Orgánica de 12 de Noviembre del año ppdo., aquéllos deben ejercer sus funciones tanto en los Tribunales Superiores, como en la Justicia de Paz; si bien ésto no será practicable, ni aún posible, sino por la adopción de un procedimiento que lo facilite.

Buenos Aires, Marzo 12 de 1887.

---



# VISTA XCV

## QUEJA CONTRA UN ESCRIBANO

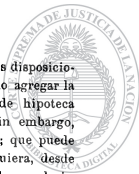
### SUMARIO

El Presidente del Banco pasó una nota al de la Cámara de lo Civil quejándose del proceder del Escribano D. J. Eduardo Gonzalez por haber éste estendido una escritura de traspaso de una propiedad hipotecada sin el consentimiento del Directorio.

*Erma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la denuncia que hace el Presidente del Banco Hipotecario Nacional, contra el Escribano D. J. Eduardo Gonzalez, de una irregularidad que en nota fecha 15 del corriente supone cometida por éste en el desempeño de sus funciones, la cual consiste en haber otorgado escritura de traspaso de la propiedad de una finca de D. Miguel Cano á favor de D. Ignacio Ballesteros, la que se hallaba gravada con hipoteca en favor del establecimiento que preside, sin haberse requerido antes, el consentimiento del Directorio, como es de práctica y lo previene expresamente el art. 30 del reglamento del Banco.

Dicho Escribano á quien á indicación del exponente V. E. mandó informase de lo ocurrido y explicase su conducta en el caso, lo ha verificado efectivamente; y á juicio del Fiscal su explicación es satisfactoria, pues justifica cumplidamente su proceder, sin que quede lugar á formularle el más leve cargo, por falta de cumplimiento de sus deberes profesionales.





Gonzalez demuestra, en efecto, citando varias disposiciones del Código Civil, á las cuales habría podido agregar la que contiene el artículo 1174, que quien concede hipoteca sobre una finca que le pertenece, conserva, sin embargo, su propiedad y la libre disposición de aquélla; que puede en consecuencia enajenarla en favor de quien quiera, desde que salve de todo punto los derechos del acreedor, es decir, desde que al transmitir la propiedad de la finca lo haga reconociendo y declarando el gravamen que pesa sobre ella.

No hay, pues, prohibición alguna impuesta al Escribano, de otorgar escrituras de transmisión de propiedad de fincas hipotecadas al Banco Nacional, sin que se le haga constar previamente el consentimiento del Directorio.

No hay tampoco deber alguno en dicho funcionario de dar por sí mismo, aviso anticipado al establecimiento de la enajenación que trata de hacerse, y de recabar el consentimiento del Directorio, para que pudiera decirse que procediendo de otra manera, hubiese faltado á su deber ó infringido una disposición legal.

Viéndolo bien, el precitado artículo 3º del Reglamento del Banco Hipotecario, lejos de contener una prohibición de que el que ha otorgado á favor del establecimiento, hipoteca en alguna finca de su propiedad pueda enajenarla, concede más bien un derecho al deudor, para exonerarse de su obligación personal al verificar dicha enajenación, á condición de que recabe previamente el consentimiento del Directorio.

Pero como á cualquiera es lícito renunciar el derecho establecido en su favor, siempre que la renuncia no comprometa el orden público, resulta que el deudor si no le interesa exonerarse de su obligación personal para con el Banco, bien puede si quiere, enajenar la finca hipotecada sin recabar el consentimiento del acreedor, y sin que por verificarlo así pueda culparse al Escribano, ni formularsele cargo de ningún género.

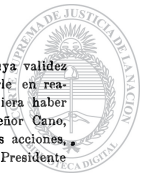
Esto es lo que aparece haber ocurrido en el caso de que se trata, siendo constante que de la escritura de traspaso de



propiedad otorgada por el Escribano Gonzalez, cuya validez es indisputable, ningún perjuicio puede resultarle en realidad al Banco Hipotecario Nacional; y si pudiera haber alguno, lo sería solamente para el enajenante señor Cano, á quien correspondería quejarse y deducir sus acciones, cuyo ejercicio no incumbe en manera alguna al Presidente del Banco ni á su Directorio.

En resumen, el Fiscal no encuentra que el Escribano Gonzalez haya incurrido en responsabilidad por falta de cumplimiento á sus deberes, y no cree tampoco haya lugar á la adopción de medida alguna para resguardar los intereses públicos, pues á su juicio bastan al efecto las prescripciones contenidas en el Código Civil.

---



# VISTA XCVI

## TÍTULOS DE ESCRIBANOS EN LAS PROVINCIAS

### SUMARIO

Instabilidad de la práctica del Tribunal sobre admitir ó desear estos títulos.—Después de la federalización de la Capital, la Cámara aceptó varios sin audiencia del Fiscal, quien se encontró así, reatado por estas resoluciones.—A pedido suyo el asunto se llevó á acuerdo extraordinario; pero sin conocer su resultado, y de conformidad á la práctica introducida, aún después de dictado ese acuerdo, admitió algunos como válidos.—Por el precitado acuerdo quedó establecida la inadmisibilidad de dichos títulos, á menos que el interesado se prestase á rendir el examen requerido por la ley Orgánica; y en este sentido vino á uniformarse la práctica.—Sin embargo, cambiando en parte el personal del Tribunal, se expidió últimamente una resolución en sentido opuesto, contra la cual reclamó el Fiscal en caso igual.—La ley Orgánica de los Tribunales de la Capital, proponiéndose realzar la profesión de Escribano, exigió condiciones que no se requieren en las provincias.—De consiguiente, los títulos de Escribano expedidos en ellas, no debieran ser admitidos en ésta sin que los interesados acrediten que reúnen dichas condiciones.—Si bien la fraternidad y benevolencia que deben existir entre Estados que componen una sola Nación, parecen indicar que se han de admitir recíprocamente, los títulos profesionales, ésto no puede ser absoluto.—Esa doctrina exagerada podría comprometer la independencia que cada uno de los Estados disfruta en su régimen interno.—Tratándose de leyes dictadas por cualquier Estado, es indispensable el que los demás examinen hasta donde su conveniencia les permita respetarlas.—El aceptarlas nunca será más que un deber de cortesía, y no un precepto constitucional, como equivocadamente se ha entendido.—En el caso de que se trata, el admitir los indicados títulos emanados de las provincias, sin exigirse á los que los han obtenido, un examen general, sería enervar la legislación propia.—Importaría también constituir un privilegio odioso, en daño de los vecinos de la Capital.—Aplicada de otra manera la ley Orgánica, produciría un resultado de todo punto contrario al que se tuvo en vista



al sancionarla.—En vez de dignificar la profesión de Escribano, la empeoraría, atrayendo de las provincias, con la esperanza de mayor lucro, personas incompetentes.—Resolución aconsejada por el Fiscal, de que en los casos indicados, se exija además del título, un examen general de los Códigos.

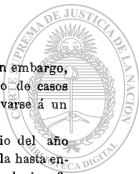
*Exma. Cámara:* — El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la solicitud de don Santiago Mariano Vicente, el cual presentando título de Escribano Público de la provincia de Buenos Aires, expedido con fecha 21 de Agosto del año pasado, pide el que se le revalide, mandándose inscribir en el libro de Registro, para quedar autorizado á ejercer el indicado oficio en esta Capital.

Hace pocos dias V. E. ha dictado una resolución por la cual se declara que tales títulos deben ser tenidos por suficientes; y aquella decisión, aunque expedida en conformidad á la vista del exponente que la precede, ha llamado sobremanera su atención; porque si bien á este respecto, hubieron al principio vacilaciones, y la práctica fué vária, después del acuerdo del 15 de Junio del año pasado, el punto parecía haber quedado definitivamente resuelto, estableciéndose desde entonces una jurisprudencia uniforme, en sentido contrario á la mencionada resolución.

Es verdad que aún después de esta fecha, el exponente expidió algunas vistas, admitiendo como antes por bastantes los expresados títulos; pero esto tiene su explicación en que, no habiéndosele notificado en oportunidad el precitado acuerdo, cuyo contenido no conoció sino al trascurso de cierto tiempo, antes de esto continuó no más, conformándose simplemente con las resoluciones del Tribunal.

Al establecerse los tribunales nacionales de la Capital, la Exma. Cámara, sin previa audiencia del Fiscal, admitió y revalidó varios de los títulos de que se trata; de manera que cuando éste intervino más tarde en asuntos de esa clase, se encontró reatado por los precedentes ya establecidos; y si bien creía más que dudoso que tal revalidación fuese





ajustada á las prescripciones legales, hallaba sin embargo, demasiado duro quebrar la práctica á propósito de casos dados, opinando por esto que el asunto debía llevarse á un acuerdo general y discutirse exprefeso.

Así es que lo resuelto con fecha 15 de Junio del año pasado, sancionándose contra la práctica adoptada hasta entonces, sobre revalidación de títulos provinciales, la insuficiencia de éstos, lejos de contrariar el dictamen del exposante, en realidad se conformaba con él, pues el Fiscal encontró siempre extraviada y dañosa la opinión que había prevalecido, aunque, respetando los antecedentes de que ha hecho mérito, hubiese de tomarlos en cuenta, lo cual ha creído necesario explicar y dejar establecido, á fin de que no cause extrañeza el dictamen que emitirá, en el caso que le ha sido sometido, y de que antes se ha hecho mención.

Bien merece un punto tan importante y de resultados los más trascendentales, el que se le dedique un detenido estudio, y el que se le someta de nuevo á un examen escrupuloso; mucho más habiendo mediado, como efectivamente ha sucedido, tantas vacilaciones y tan frecuentes variaciones; de manera que en lo sucesivo al menos, exista una regla fija á que atenerse. El Fiscal pasa pues á ocuparse del asunto.

Es manifiesto y evidente, Exma. Cámara, que la Ley Orgánica de los Tribunales, fecha 15 de Diciembre de 1881, que en esta parte no ha sido derogada ni modificada por la de 12 de Noviembre del año pasado, proponiéndose realzar y dignificar la profesión de Escribano Público en esta Capital, no se contentó para el ejercicio de ese cargo, con los requisitos que exigían las leyes generales, ó sean las antiguas españolas.

Por el art. 144, además de la comprobación de la edad, ciudadanía, buena conducta, práctica con algún Escribano aprobado y examen de los deberes profesionales, prescribe terminantemente hacer constar el curso de todos los estudios preparatorios, con arreglo á los programas de los colegios

nacionales de la República, y haber rendido los exámenes correspondientes.

Por el art. 147 se exige asimismo un examen general de Jurisprudencia, igual al que rinden los que han de recibirse de Abogados; puesto que comprende los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Procedimientos, requisito tan duro y obligación tan gravosa, que muy pocos han sido en verdad, los que desde entonces se han animado á recibirse de Escribanos ante los Tribunales de la Capital; y mucho menos todavía, los que lo han conseguido; pues que vários de los que se han sometido al expresado examen, han sido aplazados.

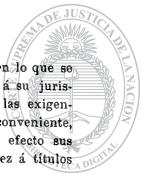
Ahora, en las Provincias, ó bien conservan simplemente en la materia la Legislación española, ó por lo menos en ninguna de ellas se requieren estudios tan extensos y un examen tan vasto, como el que exige la citada Ley Orgánica, siendo también notorio que en algunas, por la escasez de hombres bien preparados y por la exigua retribución que tienen sus servicios, ni siquiera se llenan estrictamente las condiciones determinadas, para desempeñar el oficio de Escribano público, por las leyes españolas que nos han regido hasta hace poco.

No es extraño pues, que al establecerse los Tribunales Nacionales de la Capital, surgiese desde luego, según se ha referido, la cuestión de si debían considerarse suficientes para desempeñar en ésta el indicado oficio, los títulos expedidos en cualquier provincia por sus respectivas autoridades y con arreglo á sus instituciones.

Por una parte, la fraternidad natural y los vínculos amistosos, que deben existir entre los diversos Estados que componen la Nación, parecían prescribir que se respetasen todos los títulos profesionales expedidos por cualquiera de ellos, siendo admitidos en el territorio de los otros ó en el que se halla sometido exclusivamente, á la jurisdicción del gobierno general.

Por otra parte, parecía también evidente que, hallándose





cada Estado, y no menos por cierto la Nación, en lo que se refiere á los territorios sujetos exclusivamente á su jurisdicción, en su perfecto derecho para proveer á las exigencias del régimen interno como lo estime más conveniente, no podían en perjuicio propio y dejando sin efecto sus leyes particulares, ser obligados á acordar validez á títulos profesionales insuficientes según éstas.

El Doctor Velez, en la nota correspondiente al art. 1207 del Código Civil, examina expreso el punto de la aplicación de las leyes de un Estado en otro y de las limitaciones que aquella debe tener razonablemente; y aún cuando su doctrina se refiere á Estados extranjeros, resulta sin embargo, muy fundada, aún tratándose de Estados confederados, y por lo mismo oportuna para ilustrar el caso que nos ocupa.

«Cada pueblo independiente, dice, debe juzgar por sí mismo hasta donde la urbanidad y la consideración á otros pueblos le permiten dar ejecución á las leyes de un país extranjero. Ciertamente que la limitación más justa es, que el reconocimiento de la autoridad de esas leyes no sea perjudicial á la Nación ó á los habitantes de élla.»

Ahora bien, Exma. Cámara, por poco que se reflexione sobre la cuestión propuesta, con relación al caso que nos ocupa, se comprenderá sin dificultad, que reconocer como suficientes para desempeñar en la Capital el oficio de Escribano Público, títulos concedidos con arreglo á disposiciones muy diversas, y que no exigen los requisitos prevenidos en la ley vigente al respecto en esta ciudad, no importaría otra cosa, que enervar ó sacrificar la propia Legislación, en obsequio y por deferencia á los Gobiernos de provincia; lo que ciertamente no es procedente, ni puede constituir un deber según la doctrina expuesta.

No se opone á ésta, de modo alguno, la prescripción contenida en el artículo 7º de la Constitución Nacional, que á veces ha sido mal entendida, y se le ha acordado por ésto una extensión y un alcance que no tiene : por ella se declara, es verdad, que los actos públicos y procedimientos



judiciales de una provincia gozarán de entera fe en las demás; pero no se trata de negar la eficacia de ningún acto público, ni la validez de ningún procedimiento judicial pasado en cualquier provincia.

Debe reconocerse sin dificultad, que la disposición por la cual un individuo es investido en alguna de aquellas del carácter de Escribano, siendo un acto público, ha de merecer entera fe en cualquier parte de la Nación; y que en consecuencia, las escrituras que éste otorgue ó los procedimientos que autorice, en la esfera de sus atribuciones, se han de considerar también válidos.

Pero eso no quiere decir sin embargo, que en todas partes deba ser admitido á desempeñar las mismas funciones, cuando el nombramiento solo habría podido autorizarlo legalmente, para ejercerlas dentro del territorio sujeto á la jurisdicción del Gobierno de que emana, fuera de cuyos límites, ningún empleado público puede actuar, ni es considerado tal.

No quiere decir tampoco, que los títulos profesionales expedidos en ejercicio de jurisdicción pública, la cual es relativa exclusivamente al territorio propio, puedan habilitar á los que los obtienen, para desempeñar aún fuera de él, las funciones á que los autorizan; mucho menos en donde las leyes hayan establecido para esto muy diversas condiciones.

Si pues la Nación ó una Provincia admitiese dichos títulos expedidos en otra, no sería en virtud de un deber estricto, emanado de la indicada prescripción constitucional, sino meramente un acto de urbanidad y deferencia, que no pueden llevarse hasta tener que abandonar en obsequio ajeno el propio sistema, suspendiendo y enervando las disposiciones que lo reglamentan.

Mientras V. E. se ha hallado investida por la ley, de la facultad de visar los títulos de abogado, es cierto que ha admitido los que le han sido presentados, expedidos por autoridad de cualquier provincia, pero nunca aceptó, sin embargo, los de aquellos individuos que no habían hecho

estudios científicos de jurisprudencia, aunque resultaron varios acordados de esa manera.

En ello obró por cierto el Tribunal cueradamente y con sobrada justicia; porque el espíritu de benevolencia para con los gobiernos provinciales no podía llevarse de un modo razonable, hasta el extremo de desnaturalizar la importante profesión del abogado, admitiendo á su ejercicio á quienes carecían de la preparación indispensable, y que necesariamente habrían de incidir en gravísimos errores, ocasionando con ellos mucho daño.

Bien pues, hoy que la ley requiere entre nosotros, para el ejercicio de las funciones de Escribano, igual preparación y estudios análogos á los del abogado, desde que se ha de rendir idéntico examen, admitirse sin esa instrucción á los individuos que se hayan recibido en cualquier provincia, sería incidir en los mismos inconvenientes que ofrecía el reconocimiento de los títulos de abogados expedidos en la forma indicada.

¿Quién sería, Exma. Cámara, el que se sometiese para ejercer el oficio de Escribano Público, á las condiciones impuestas por la ley Orgánica de los Tribunales, si en cualquier provincia pudiera obtener el mismo título sin llenarlos en manera alguna; y si ese título lo habilitase también para ejercer después en la Capital? La ley pues, reglamentaria de la materia, dictada para ésta, quedaría completamente muerta y sin efecto; ó si algún resultado produjese, fuera de todo punto injusto y enteramente contrario á la mente del legislador.

Injusto: porque quebrantaría de un modo manifiesto el principio de igualdad ante la ley, exigiendo á los habitantes y vecinos de esta ciudad, que quisiesen ejercer en ella el oficio de Escribano, condiciones mucho más duras y restrictivas, de las que se requerirían en igual caso, á los que viniesen de las provincias, premunidos ya del título de Escribanos, para ejercer el mismo oficio en la Capital.

Sería también contrario al objeto de la ley y á la mente







del legislador, porque habiéndose propuesto éste realzar y dignificar en la Capital, el expresado oficio de Escribano, los efectos de la ley, una vez admitida la validez de los títulos expedidos en las provincias, sin las condiciones que ella exige, resultarían sin duda diametralmente opuestos.

La ley habría establecido entonces un verdadero monopolio en dicha profesión de Escribano, en favor de los que obtengan sus títulos en las provincias, y con exclusión de los que traten de conseguirlos en la Capital.

Habría también establecido una especie de prima, que llamaría aquí con la esperanza de un mayor lucro, individuos poco preparados para el ejercicio de la indicada profesión, ó cuya preparación, por lo menos, es considerada insuficiente por la ley que rige en la Capital: de manera que en vez de realizarse la profesión, por el contrario se rebajaría.

El exposente teniendo en vista estas consideraciones, y tratando de conciliar prudentemente, intereses y exigencias hasta cierto punto opuestas, dictaminó varias veces á V. E., que los títulos de Escribano expedidos por autoridad de las provincias, no debían revalidarse, sino sometándose los interesados al examen requerido por la precitada ley Orgánica; y esa opinión adoptada también por V. E. vino á constituir la regla práctica de la materia.

Acaba de dictarse, sin embargo, una resolución diversa, la cual ha dado lugar á infinitas solicitudes sobre revalidación de títulos provinciales; y considerando harto grave y trascendental aquella resolución, el Fiscal ha creído conveniente representar á V. E. en términos respetuosos, los inconvenientes que ella ofrece y las razones que aconsejarían volver á la práctica anterior.

Concluye pues, con referencia á la solicitud antes mencionada, y de que ahora se le comunica vista, opinando que no puede, ni debe accederse á ella, sino á condición de que el interesado se someta al examen prescripto por la precitada ley Orgánica.

## VISTA XCVII

**Los Escribanos de Registro tienen derecho á examinar libremente en el Archivo, los protocolos que han pertenecido á sus oficinas, pero los otros solo con ciertas restricciones**



### SUMARIO

**Antecedentes :** La Comisión Directiva del Colegio de Escribanos, se presentó á la Exma. Cámara, pidiendo medidas administrativas á fin de que los Escribanos Públicos tengan algunas mayores franquicias que el público en general, para examinar los antecedentes que se encuentran en el Archivo de los Tribunales. — Pedido informe al Archivero general, éste lo evacuó manifestando que se ceñía estrictamente á la ley, en sus relaciones con dichos funcionarios. — El Fiscal de las Cámaras á quien se dió vista del expediente dictaminó en los siguientes términos.

*Exma. Cámara:* — El Colegio de Escribanos, por medio de su Presidente, manifiesta las dificultades que á éstos se originan en el desempeño de sus funciones, cuando tienen necesidad de ocurrir al Archivo General, como les sucede con mucha frecuencia, buscando los datos ó antecedentes que precisan á fin de verificar la legalidad de los títulos que les incumbe examinar, para el otorgamiento de cualquier escritura de enajenación de una finca.

Que si bien el Director del Archivo, atendiendo el carácter público que invisten y la calidad de las funciones que son llamados á desempeñar, procura facilitárselas, no les permite sin embargo, un acceso completamente libre y el exa-



men de los documentos de todo género existentes en el Archivo, como entienden que debiera ser, pues los somete á ciertas restricciones y reservas que, aún cuando sean fundadas y convenientes respecto del público, en su concepto, no les son aplicables á ellos, que se encuentran en condiciones especiales.

Piden por esto alguna medida administrativa de V. E. que salve las dificultades indicadas y les allane los inconvenientes que de ellas se originan, como también respecto de las horas en que tengan entrada al Archivo, la cual debe serles permitida, aún en las que no se concede á los particulares, pues así lo requiere el mejor servicio, consultándose sin duda la brevedad con que conviene que ellos puedan expedirse.

Pedido informe por V. E. sobre el contenido de esta solicitud al Director del Archivo, éste se ha espedido diciendo, que efectivamente comprende que la naturaleza de las funciones encomendadas á los Escribanos, les impone la necesidad de consultar con frecuencia datos consignados en los documentos existentes en la oficina á su cargo; y en esta virtud, les dispensa cuantas consideraciones dependen de su voluntad.

Que el registro de los expedientes archivados les es completamente libre y sin restricción alguna, pero respecto de los libros de protocolos, previniendo los artículos 192 y 193 de la ley Orgánica de los Tribunales, que debe conservarse reservado el contenido de ciertas escrituras, el cual solo debe manifestarse á los interesados, cree deber exigirles, por su parte, y les exige, acreditar la necesidad que tengan de verificar en ellos algunas referencias, con la exhibición de los títulos que las indiquen.

El exponente, Exma. Cámara, encuentra arreglado este proceder, que se ajusta realmente á disposiciones expresas de la citada ley: si existen efectivamente en los protocolos archivados, escrituras cuyo contenido debe reservarse ó que convenga á las partes mantener secreto, como es indudable



que las hay, desde luego esta reserva sería de todo punto incompatible con el acceso completamente libre de todos los Escribanos de Registro á los libros de protocolo, que de consiguiente, no puede admitirse.

Debe, sin embargo, en concepto del Fiscal, hacerse excepción en esto, respecto á cada Escribano, en lo que concierne á los protocolos que han pertenecido á sus oficinas, permitiéndoseles consultarlos con entera franqueza sin exigírseles justificativos de ninguna clase.

Existen para ello dos razones graves y dignas de tomarse en cuenta: primera: que en tal caso no subsiste el motivo de la reserva, desde que ésta no puede tener lugar respecto del mismo Escribano autorizante, ni debe tampoco hacerse extensiva á su sucesor en el oficio, tan obligado como aquél al secreto, el cual no se quebrantaría porque el mismo Director del Archivo se impusiera de cualquier escritura, pues la reserva no reza con él.

Segunda: que siendo para cada Escribano mucho más frecuente la precisión de consultar los protocolos que han pertenecido á su oficina, se hace indispensable que pueda hacerlo sin restricciones: el Código prescribe en las escrituras públicas, la transcripción de los documentos habilitantes; formalidad que puede obviarse cuando éstos existen en el protocolo del mismo Escribano autorizante, pues entonces se le permite referirse simplemente á lo que en ellos conste, indicando la foja en que deben encontrarse, art. 1003.

Esta práctica sumamente expeditiva y ventajosa al público, no debe alterarse de modo alguno, aunque ella supone ciertamente la facultad en los Escribanos de consultar y revisar con entera libertad los protocolos de sus respectivas oficinas, derecho que debe reconocérseles sin dificultad.

En cuanto á las horas en que hayan de tener entrada al Archivo, se ha tratado ya otra vez este mismo punto; y habiendo manifestado el Director que mientras duren los arreglos indispensables, que aún continúan, con el número de empleados de que actualmente dispone, no podían ser

otras que aquellas mismas en que se permite al público, se consideró que no debía por lo tanto introducirse novedad en ésto.

Tal es la opinión del Fiscal sobre la solicitud de que se le ha comunicado vista, y de lo que acerca de su contenido convenga acordarse, con sujeción á las disposiciones vigentes, para facilitar á los Escribanos de Registro el desempeño de sus funciones. V. E. sin embargo, podrá quizá arbitrar otras medidas más acertadas en el mismo sentido.

Buenos Aires, Agosto 27 de 1886.



## VISTA XCVIII

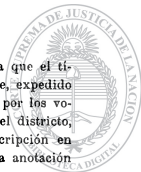
### TÍTULOS DE ABOGADOS EXPEDIDOS EN BOLIVIA



*Exma. Cámara:* — Aunque en conformidad á lo prevenido en el inc. 13, art. 14 de los Estatutos Universitarios, corresponde á las respectivas Facultades revalidar los diplomas de profesiones científicas expedidos por Universidades extranjeras, de acuerdo con las reglas generales y salvo lo que dispongan los tratados internacionales, en el caso presente no se trata propiamente de la revalidación, sino del mero reconocimiento de un título; porque estando garantido por los tratados vigentes entre esta República y la de Bolivia, el derecho recíproco en favor de sus nacionales, de ejercer las profesiones científicas, esa estipulación de los referidos tratados supone implícitamente la admisión como válidos en cualesquiera de dichas Repúblicas, de los títulos profesionales expedidos á nombre de la otra, y de consiguiente, éstos para ser usados, no necesitan reválida, sino simplemente el reconocimiento de su forma y de la competencia de la autoridad que los espide; sobre los cuales requisitos nada puede observarse en el caso de que se trata; y aunque, en cuanto á la autenticación podría notarse el que no aparezca la firma del Ministro Argentino en Bolivia; resultando garantidas las que suscriben los mencionados títulos, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en conformidad á resoluciones anteriores de V. E. en casos análogos, ésto debe considerarse suficiente.

En virtud, pues, de lo expuesto el Fiscal opina que el título de Abogado presentado por el señor Arce, expedido en Sucre á 12 de Diciembre de 1867 y suscrito por los vocales y secretario de la Corte Judicial de aquel distrito, debe admitirse por bastante y ordenarse su inscripción en el Registro, devolviéndose al interesado con la anotación correspondiente.

Buenos Aires, Enero 11 de 1887.



## VISTA XCIX

### TÍTULOS DE ABOGADOS EXPEDIDOS EN BOLIVIA



*Exma. Cámara :* -- El Fiscal se ha instruido de la solicitud del Licenciado Manuel María Pinto, el cual presentando título de Abogado de la República de Bolivia, solicita se reconozca su validez con arreglo á lo estipulado en los tratados existentes.

El año ppdo, se presentó una petición semejante por el Dr. Don Abraham Arce; con cuyo motivo expuso el Fiscal que aunque en conformidad á lo prevenido en el inciso 13, art. 14, de los estatutos universitarios, correspondía á las respectivas Facultades revalidar los diplomas de profesiones científicas expedidos por Universidades extranjeras, de acuerdo con las reglas generales y salvo lo que dispongan los tratados internacionales. En el caso presente no se trata propiamente de la revalidación, sino del mero reconocimiento de las formas de un título válido por si mismo; porque estando garantido por los tratados vigentes entre esta República y la de Bolivia, el derecho recíproco en favor de sus nacionales de ejercer las profesiones científicas, está estipulación de los referidos tratados supone implícitamente, la admisión como válidos en cualquiera de dichas Repúblicas de los títulos profesionales expedidos á nombre de la otra; y de consiguiente el que éstos para ser usados, no necesitan reválida, sino simplemente el examen de la forma y de la competencia de la autoridad que los expida.

V. E. aceptando estas ideas y encontrando expedidos en  
t. III, 15.

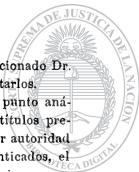


legal forma, los títulos presentados por el mencionado Dr. Arce, por auto de 11 de Enero, tuvo á bien aceptarlos.

Ahora bien, siendo el caso presente de todo punto análogo al que se acaba de mencionar, pues que los títulos presentados aparecen en buena forma y expedidos por autoridad competente; estando además debidamente autenticados, el Fiscal opina que deben admitirse, dictándose la misma resolución que recayó en el caso antes referido.

Buenos Aires, Enero 16 de 1888

---



# VISTA C

## JUICIO SUCESORIO

### SUMARIO

El juicio sucesorio habiendo contradicción, debe tramitarse en vía ordinaria.—El haberse presentado antes, y producido primero la prueba, no da preferencia alguna.—Todo el que se ha presentado en tiempo, debe ser tenido por parte legítima.—Para entrar á cuestionar una herencia, no es necesario acreditar previamente el derecho, bastando justificarlo en el término probatorio.—Los parientes colaterales no pueden ser declarados herederos *ab intestato*, sin que conste por una parte, la falta de disposición testamentaria; y por otra que el fallecido no deja esposa, ascendientes ni descendientes, legítimos ó naturales, al menos cuando alguien reclama en ese concepto.

*Exma. Cámara:*—Habiendo fallecido don Miguel Inocencio Villaraza, sin dejar al parecer disposición testamentaria, una de sus hermanas y varios sobrinos carnales se presentaron al Juez de 1ª Instancia en lo civil, poniendo el hecho en su conocimiento y solicitando se declarase abierto el juicio sucesorio, como se declaró realmente previas las formalidades del caso.

Los indicados parientes colaterales, procedieron en seguida á comprobar respectivamente los derechos hereditarios que alegaban *ab intestato*; habiendo acreditado en efecto, el parentesco en que fundan las acciones deducidas, é intervenido también como interesados, en el arreglo de la administración de los bienes de dicha sucesión.

Siendo indispensable sin embargo, en el indicado juicio, la citación por edictos á los que se consideren con derecho en calidad de acreedores, herederos ó legatarios, se ordenó efectivamente la publicación de los indicados edictos por el término de treinta días, que se verificó según correspondía.





Vencidos aquéllos, al resolver el Juez sobre la petición de los mencionados parientes colaterales, para que se les declarase herederos de dicho finado, se encontró que en oportunidad, según certificaba el actuario, se había presentado una señora reclamando la herencia como hija natural de Villaraza, lo cual ofrecía acreditar y actualmente se ocupa de verificarlo.

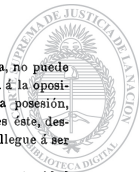
El Juez hallando, pues, que el juicio seguido hasta entonces sin contradicción, se hacía contencioso por la oposición de los derechos que simultáneamente se reclamaban, mandó comunicar traslado de la petición de la hermana y sobrinos del finado, á la persona que acababa de presentarse como hija natural.

Esta providencia que á la verdad es perfectamente ajustada y legal, porque sin duda alguna el juicio que se seguía se ha hecho contradictorio, y debe por tanto continuarse en vía ordinaria por todos sus trámites, oyéndose á los interesados y permitiéndoseles discutir con entera libertad, sus respectivos derechos, ha sido reclamada sin embargo, pidiéndose revocatoria, y apelándose en subsidio.

Para oponerse los demandantes á dicha providencia, se fundan en que mientras ellos han producido ya la prueba completa de su derecho, la pretendida hija natural, aún no ha acreditado esta calidad, que trata recién de justificar: en consideración á lo cual sostienen que lo que corresponde en justicia es, que declarándoseles herederos *ab intestato* del finado, se deje á salvo su derecho á la que se titula hija natural.

Tal pretensión, Exma. Cámara, en concepto del Fiscal no es legal, ni procede en manera alguna; porque el que los parientes colaterales, que aún no han sido declarados herederos, hayan ocurrido primero al tribunal, y tengan más adelantada su prueba, que la hija natural, la cual si bien ha venido más tarde al juicio, se ha presentado con todo, en oportunidad, ninguna preferencia puede conferirles.

La declaratoria de herederos, que llevaría implícita la



posesión de los bienes que componen la herencia, no puede tener lugar de modo alguno, sin que antes se oiga á la opositora; pues importaría otorgarse judicialmente la posesión, cuando existe legítimo contradictor, sin que antes éste, después de haber sido citado, sea también oído y llegue á ser vencido en juicio.

Por el hecho solo de haberse presentado en oportunidad la que pretende ser hija natural, debe ser considerada interesada y parte legítima en el juicio; aún cuando no haya acreditado todavía su filiación, porque ninguna obligación tiene de justificarla previamente, y se encuentra en tiempo para hacerlo, bastando el que la demuestre durante el término probatorio que á este efecto debe concedérsele.

Mal podrían los mencionados parientes colaterales ser declarados como los más inmediatos, herederos legítimos, *ab intestato*, del finado Villarraza, sin que conste primeramente no solo el no haber dejado disposición testamentaria, sino también además que no han quedado esposa, ascendientes, ni descendientes, legítimos ó naturales.

De consiguiente, el orden regular en la sustanciación del juicio sucesorio de que se trata, no es otro que el adoptado por el Juez *á quo*, ordinarizándolo como lo ha hecho, al conferir traslado de la demanda que se hallaba pendiente, de la hermana y sobrinos del finado á la hija natural, que presentada en tiempo, aún no ha sido oída, para que trabado el juicio con su contestación, pueda después ser recibido á prueba; y por fin resuelto en definitiva, como corresponde en justicia.

Por estas consideraciones, es de dictámen el exponente, que la providencia de que se apela, es arreglada, y que V. E. debe confirmarla, no obstante lo alegado en contrario, devolviendo los autos para su prosecución, al Tribunal donde se encuentran radicados.

# VISTA CI

## JURISDICCION DEL JUEZ DE UNA SUCESION

### SUMARIO

Relación del caso: don Luis Saavedra y don Francisco Roca compraron al Gobierno de la provincia diversos lotes en una suerte de tierras fiscales.—Habiendo surgido diferencia entre ellos, sobre el paraje en que el segundo había situado su casa, el primero solicitó del Gobierno le diera posesión del lote que le había vendido.—Practicada la mensura, resultó que efectivamente dicho paraje quedaba comprendido en el lote de Saavedra.—En consecuencia Roca se opuso al deslinde alegando diversos motivos, á pesar de los cuales la mensura fué aprobada. Recurrió entonces á la Suprema Corte Provincial; pero su demanda fué desechada, y el Ejecutivo lo mandó expulsar.—Estando el asunto en este estado, Roca falleció en esta Capital, donde se hallaba domiciliado y su testamentaria se radicó en estos Tribunales.—En virtud de esa circunstancia la señora viuda solicitó del Juez de la sucesión el que se pidiese *ad effectum videndi* el expediente de la mensura; y en seguida el que dicho Juez se declarase competente.—Este accediendo á la indicada solicitud, hizo la declaración que se le pedía; y ordenó á Saavedra dedujera ante él, las acciones que le correspondiesen: resolución de la cual aquél apeló.—Irregularidad en los procedimientos y equivocación de la providencia reclamada.—Nadie puede ser obligado á demandar ó á deducir acciones sino en el caso de jactancia.—No habiendo Saavedra deducido acción alguna, no existe todavía juicio pendiente.—El Juez no podía declararse competente en un juicio aún no iniciado.—Cuando se entable lo será probablemente, por acciones petitorias ó posesorias.—Aunque el juicio de testamentaria sea universal, solo comprende las acciones personales deducidas por terceros.—A pesar de que haya de cuestionarse también sobre frutos y mejoras que son prestaciones personales, se comprenden sin embargo, en la reivindicación, que es una acción real.—Ni el conocimiento de ésta, ni el juicio de deslinde, ni la cuestión posesoria, que en cuanto á la competencia, sigue las reglas de aquélla, pueden corresponder al Juez de la sucesión.—Resolución que debe recaer en el caso.





*Exma. Cámara* :-- Instruido el Fiscal de los autos que V. E. se ha servido comunicarle en vista, seguidos por don Luis Saavedra con la testamentaria de don Francisco Roca, encuentra de todo punto equivocada la resolución de que se apela; por la cual el Juez en lo Civil, declarándose competente, ordena al mismo tiempo al expresado Saavedra deducir las acciones que le correspondan; y no puede menos de aconsejar á V. E. la revocación.

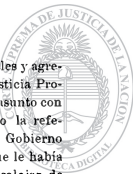
Como lo notará el Tribunal, el auto apelado se funda exclusivamente en una doctrina extraviada, cual es la de que competen al Juez de una sucesión, no solo los juicios que promuevan los acreedores entablando acciones personales, sino todos, de cualquier clase que sean, posesorios ó petitorios, siempre que afecten alguna de las fincas reputadas como testamentarias; lo que ciertamente no es admisible. (Zachariæ tom. 2º § 351. — Duranton, tomo 7º, núm. 138 y Chabot al art. 822, núm. 4).

Los antecedentes del asunto son los siguientes: habiendo comprado don Luis Saavedra y don Francisco Roca, diversos lotes de una suerte de tierras en la provincia de Buenos Aires, sobrevino entre ellos una diferencia, con motivo de que aquél creía que el terreno en que el segundo había trabajado su casa, quedaba dentro del lote que á él le correspondía.

Siendo obligado el Gobierno de la provincia como vendedor, á poner á uno y otro en posesión del terreno que les había vendido, Saavedra se presentó ante él, solicitando que al efecto se ordenase administrativamente la correspondiente mensura, que en consecuencia se mandó practicar.

Verificada esta operación, resultó que realmente la casa construida por Roca quedaba en el lote de Saavedra; por lo que aquél se opuso á la aprobación de la mensura, haciendo valer las razones que creía lo favorecían; pero no encontrándolas suficientes el Gobierno, á pesar de ellas aprobó el indicado deslinde.

Roca entonces, ocurrió en queja contra los procedimien-



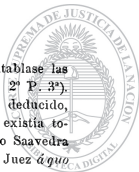
tos del Ejecutivo, que consideraba inconstitucionales y agresivos de sus derechos, á la Suprema Corte de Justicia Provincial, pero este Tribunal, despues de tramitar el asunto con audiencia de los interesados, resolvió desechando la referida demanda; y en virtud de esta resolución el Gobierno mandó poner en posesión á Saavedra del lote que le había vendido, tal como resultaba de la mensura, y desalojar de consiguiente á Roca.

Encontrándose el asunto en ese estado, éste falleció en la Capital donde según parece, se hallaba domiciliado; y habiéndose radicado por tal causa su testamentaria en estos tribunales, la señora viuda D<sup>a</sup> Juana Moyano de Roca, se presentó al Juez que intervenía en ella; y refiriendo lo ocurrido, pidió se solicitase *ad effectum videndi*, del Gobierno de la provincia, el mencionado expediente de mensura.

Traido que fué, la misma señora viuda, observando que el Ejecutivo Provincial no podía ser juez en las cuestiones suscitadas ó á ventilarse acerca del indicado terreno sobre propiedad, posesión ó indemnización, y que siendo universal el juicio testamentario, el cual de consiguiente atraía á sí los demás, el conocimiento de tales cuestiones correspondía al Juez de la sucesión, pidió se declarase así, y que se ordenase á Saavedra dedujera ante él las acciones que considerase tener.

El Juez de la sucesión encontró fundadas estas observaciones; y proveyendo en todo de conformidad, no solo declaró su competencia en el asunto, sino que también ordenó á Saavedra, el que entablase inmediatamente sus acciones, sin hacer lugar á la revocatoria que éste solicitó de dicha providencia, aunque le concedió en relación el recurso de apelación interpuesto en subsidio.

Desde luego Exma. Cámara, resalta en lo relacionado, la irregularidad de los procedimientos del Juez *á quo*; porque siendo principio constante de Derecho, que nadie puede ser obligado á entablar demanda contra su voluntad, excepto el caso de jactancia; sin haberse tramitado este jui-



cio especial, el Juez ordenó á Saavedra que entablase las acciones que creyese corresponderle. (Ley 45, tit 2º P. 3ª).

Esto supone evidentemente, que no las había deducido, como sucedía en realidad; y en consecuencia, no existía todavía, juicio alguno pendiente entre el expresado Saavedra y la testamentaria de Roca. ¿Como pues, podía el Juez *á quo* declarase competente, según lo hizo sin embargo, para entender en él?

Jamás un Juez procediendo legalmente, puede declararse competente en un juicio no iniciado todavía; pues que sin haberse deducido la acción que en él se ha de ventilar es imposible formar concepto exacto de su naturaleza, para poder resolver á quien corresponde entender en él; fuera de que no existiendo pleito alguno, faltaría el caso práctico á que se aplicase la resolución, que no es permitido á los jueces pronunciar en abstracto ó anticipadamente, antes que aquél se produzca. (Ley de Proc., art. 6º—C. de Com., Regla 16ª)

Ese juicio cuando se entable, con relación á los antecedentes mencionados, sería posesorio ó de reivindicación, y en esta hipótesis podría comprender también prestaciones personales, por arrendamientos ó mejoras; (Pothier tom. 9, págs. 216 y 217); pues efectivamente, parece que Saavedra se propone cobrar arrendamiento por el campo que ocupó el finado Roca; mientras que la testamentaria de éste cree que en todo caso, debiera abonársele el valor del edificio que él construyó; pero de cualquier modo que venga á iniciarse el juicio, es manifiesto que el asunto no sería de la competencia del Juez *á quo*. (Cod. de Proced., art. 4º, inc. 1º).

En los juicios petitorios, lo mismo que en los posesorios, la competencia del Juez con absoluta prescindencia del domicilio de los litigantes, y del lugar del contrato, se determina exclusivamente por la situación de la finca disputada, y el Juez á quien por esta circunstancia concierne la jurisdicción sobre lo principal, debe conocer también inci-





dentalmente, sobre las indicadas prestaciones personales por frutos ó indemnizaciones.

Aunque el juicio sucesorio sea universal según el art. 634 de la ley de Procedimientos, conforme con el 3284 del Código Civil, solo comprende, además de las cuestiones entre los mismos herederos relativas á la partición, y las que versen sobre la ejecución de las disposiciones testamentarias, las *acciones personales* deducidas por terceros, (inciso 4º de dicho artículo, y nota del señor Velez), mas de ninguna suerte las acciones petitorias ni las posesorias, que siguen sus mismas reglas. (Voet. Coment. á las Pandectas, lib. 5, tit. 1, núm. 135).

De aquí se deduce claramente, Exma. Cámara, el error en que ha incurrido el Juez *á quo*, al atribuirse como Juez de la sucesión de Roca, competencia para entender ya sea en el juicio de mensura del terreno en cuestión, ya sea en el de reivindicación ó sobre posesión ó indemnización de perjuicios, que pueda promover Saavedra.

Puesto que la testamentaria le desconoce á éste la propiedad del campo que aún conserva en su poder, no lo hará seguramente por acciones personales, ni como acreedor de la sucesión, sino por acciones reales ó posesorias. (Vinnio Coment. á las Inst., Lib. cuarto, tit. 6, párrafo 1º, número 15), en las cuales serían competentes, no los tribunales de la Capital, y sí, los que ejercen jurisdicción donde se encuentra situado el campo que se disputa.

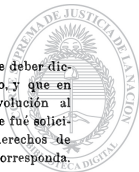
Inutilmente ha recurrido el defensor de menores para sostener la competencia del Juez Civil de esta Capital de quien se ha apelado en el asunto de que se trata, al expediente de suponer que Saavedra, por haber consentido en concurrir á una audiencia ante dicho Juez, para ver de arreglar el referido asunto, ha prorrogado su jurisdicción.

Si bien es cierto que aceptó la indicada audiencia, y que concurrió al tribunal el día designado para ocuparse del arreglo, lo hizo sin embargo protestando expresamente, que mantenía los recursos que tenía deducidos, contra la resolución del Juez en que se declaraba competente.

En mérito, pues, de lo expuesto, el Fiscal cree deber dictaminar á V. E. la revocación del auto apelado, y que en consecuencia, se ordene al Juez *á quo*, la devolución al Gobierno de la provincia, del expediente que le fué solicitado *ad efectum vivendi*, dejando á salvo los derechos de las partes, para que puedan ventilarlos donde corresponda.

Buenos Aires, Julio 25 de 1888.

---



# VISTA CII

## EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

### SUMARIO



Relación del caso: En 1878, por fallecimiento de doña Josefa Ramos de Garimendia, se abrió el juicio de sucesión *ab intestato*, la cual reclamaron como parientes don Cipriano y doña Josefa Perez de Visanelli, pretendiendo acreditar su parentesco.—Mientras practicaban estas diligencias, apareció un testamento ológrafo; y previos los trámites del caso, fué protocolizado, á pesar de la oposición de aquellos, pues se les observó que no habían justificado su personería.—Continuando el juicio á este efecto, por resolución de 25 de Febrero de 1880, se declaró que los demandantes no habían acreditado su parentesco; y á solicitud de los herederos instituidos, se les señaló un término para comprobar su personería.—Vencido este término sin que hubiesen adelantado en la indicada prueba, por nueva resolución de 19 de Noviembre del mismo año, se desechó su demanda, imponiéndoseles perpetuo silencio.—Trascurridos varios años, los Perez se presentan otra vez acompañando los documentos que les faltaban, y alegando ser falso el mencionado testamento; pero se les opuso excepción de cosa juzgada.—Sin embargo, esta excepción ha sido desechada, ya porque se supone, que la sentencia de que se ha hecho mérito, recayó sobre un artículo de personería, cuanto en razón de que por falta de ésta, no llegó á resolverse la cuestión de nulidad.—Siendo manifiestamente unas mismas las personas y la materia de la cuestión, á saber, la herencia de dicha finada, hay que examinar también la naturaleza del juicio.—El que se siguió anteriormente, al menos al principio, fué sumario y puramente informativo, cuyas resoluciones no causan estado.—Atendidos sus fundamentos, la resolución procedente en diversa hipótesis, sería inaplicable al caso ocurrente.—Parece obstar con todo á la apertura del juicio, la cláusula de perpetuo silencio, cuyo empleo é importancia se examinan.—Regla práctica propuesta para resolverse, cuando sea admisible en el nuevo juicio, la excepción de cosa juzgada.—Se demuestra, haciendo aplicación de esa regla al caso *sub judice*, que en él es improcedente la referida excepción.—Término de la prescripción de los derechos hereditarios



y de la acción para alegar la nulidad de un testamento.—Se examina si en la suposición de que la primera resolución fuese de las que causan estado, se podría impugnar ahora, por resultar fundada en un documento falso.—Por las leyes de Partida tal sentencia era nula, y su nulidad podía reclamarse hasta veinte años.—Las leyes Recopiladas señalaron en general sesenta días para alegar la nulidad.—¿Esta prescripción es absoluta, sin admitir distinción alguna, ó como debe entenderse?—El punto ofrece grandísima dificultad.—Lo más razonable y fundado en el caso de que se trata, es admitir que subsista el derecho para reclamar de la indicada sentencia.—La ley de Procedimientos restringe mucho más todavía el recurso de nulidad; suprimiendo asimismo el beneficio de restitución.—A juicio del Fiscal, estas disposiciones deben explicarse, armonizándolas con los principios del Código Civil.—El no suprime en absoluto la restitución; y en cuanto á la nulidad, distingue dos clases.—Tratándose de nulidad absoluta, ésta es insanable; y de consiguiente, perpetua é imprescriptible.

*Erma. Cámara :* — D. José M. Marquez, en representación de D. Cipriano Perez y de D.<sup>a</sup> Josefa Perez de Visanelli, se presentó acompañando varios documentos, que acreditan el parentesco en grado sucesible de sus poderdantes, con la finada D.<sup>a</sup> Josefa Ramos de Garmendia; y dedujo demanda de nulidad por suponerlo falso, del testamento ológrafo que á dicha finada se ha atribuido, mediante el cual se encuentran en posesión de la herencia, las personas en él designadas.

Los demandados, sin contestar á la demanda, por artículo de previo y especial pronunciamiento, en forma de excepción dilatoria, opusieron cosa juzgada, en razón de que, según lo demuestran los expedientes agregados, ya en años pasados los demandantes dedujeron idénticas pretensiones á la sucesión de la enunciada doña Josefa, como parientes inmediatos, é intentaron igualmente anular el referido testamento, habiendo sido desechada su demanda por sentencia de Noviembre 19 de 1880, á causa de no acreditar el parentesco que alegaban; imponiéndoseles además perpetuo silencio.

Efectivamente, de los expedientes agregados resulta que en 1878, abierto el juicio sucesorio *ab intestato*, de la señora Ramos de Garmendia, los actuales demandantes se presenta-



ron y practicaron diligencias, á fin de acreditar ser sobrinos segundos de la finada, como nietos de don Francisco Ramos, hermano de don Alonso, padre de aquélla; y en calidad de tales, sus herederos legítimos.

Resulta también que habiendo aparecido, mientras esto sucedía, un testamento ológrafo atribuido á doña Josefa, el cual se trataba de protocolizar, aquéllos pretendieron tomar intervención en el juicio, deduciendo acción de nulidad; pero que habiéndoseles opuesto por los herederos instituidos, falta de personería y *litis pendencia*, fueron rechazados, y no obtuvieron la intervención que deseaban en el expresado juicio; el cual no llegó á formalizarse, ni de consiguiente á discutirse la nulidad del testamento en juicio contradictorio, ni recayó tampoco al respecto resolución definitiva.

Continuando sin embargo, con los herederos testamentarios, el primer juicio iniciado por los demandantes, para ser declarados parientes y herederos *ab intestato* de dicha finada, á fin de que siendo reconocido el parentesco, y quedando acreditada su personería, pudieran entrar al pleito de nulidad suspendido por la causa expresada, llegó á resolverse en 25 de Febrero de 1880, que no resultaba justificado el pretendido parentesco, ni podían los Perez, aunque así no fuese, ser declarados herederos *ab intestato* según lo habían pedido, existiendo testamento: al menos, mientras éste no se anulase.

I

Además, á solicitud de los herederos instituidos, quienes representaron que la sucesión no podía permanecer indefinidamente cuestionada, se les señaló á los demandantes el término de treinta dias, para que dentro de ellos, acreditaran su personería, en calidad de parientes en grado sucesible, y como en ese término aquéllos no adelantasen su prueba, se



resolvió nuevamente en 19 de Noviembre del mismo año, que no habían acreditado de un modo legal el parentesco; rechazándose su demanda, é imponiéndoseles en consecuencia perpétuo silencio.

Los fundamentos de esta resolución eran los mismos anteriormente aducidos para no hacerse lugar á la declaración de herederos, á saber, el que faltando algunos documentos, la demostración del parentesco era incompleta; y aunque ella pudiese considerarse suficiente, no procedería la declaración de herederos *ab intestato*, existiendo testamento, y mientras éste no se anulase.

En el nuevo juicio que han entablado los Perez, niegan sin embargo, la procedencia de la excepción deducida de cosa juzgada; sosteniendo que el desconocimiento de su personería por el Juez en el juicio anterior, solo importaba la resolución sobre una excepción dilatoria, cuyo efecto no podía ser otro que postergar la secuela de aquél, hasta tanto que ese defecto se subsanara, como ha sucedido ahora, por los documentos nuevamente producidos.

Que en cuanto al rechazo de sus pretensiones en calidad de herederos *ab intestato*, basándose éste en la suposición de existir un testamento verdadero y legal, no puede ser extensivo, ni tener aplicación á la hipótesis de que aquello en realidad no fuese así, porque el supuesto testamento resultase apócrifo y falso, según pretenden serlo efectivamente, el que se ha atribuido á la señora Ramos de Garmendia, lo cual se proponen demostrar, considerándose asistidos de un interés legítimo.

El Juez *á quo* ha aceptado estas apreciaciones: declarando en su virtud, improcedente la referida excepción de cosa juzgada, y ordenando en consecuencia á los demandados, constatar en el término legal: resolución de que se ha apelado, y cuya justicia por tanto, nos incumbe examinar, teniendo presentes los antecedentes mencionados, y estudiando las disposiciones que les sean aplicables.



El auto por el cual se manda protocolizar en el Registro de Escrituras Públicas un testamento ológrafo, después de practicadas las diligencias que la ley previene, recayendo en un juicio sumario y puramente informativo, no pasa por cierto en cosa juzgada, ni debe obstar por lo mismo, á cualquiera que no habiendo intervenido en éste, tenga interés legítimo en anular el testamento, para que si le asiste causa suficiente, pueda provocar cuestión al respecto, y discutir su validez. (Bonnier. Tratado de las pruebas, Tomo II, página 402, número 862).

Aunque los Perez dedujeron efectivamente, acción de nulidad contra el testamento de la finada Ramos de Garmendia, en la cual acción bien puede considerarse comprendida la demanda de falsedad; y no obstante que aquélla fué rechazada, habiéndolo sido solamente por falta de personería en los demandantes, esa resolución no producía cosa juzgada en cuanto al fondo de la cuestión; importaba solo un aplazamiento; y conservaba íntegro el derecho de los reclamantes, para deducirlo de nuevo una vez acreditada la personería: *nondum de falso quesitum est* (Goyena, «Concordancias», tomo III, art. 1225, pág. 242).

Parece que debería decirse otro tanto de la sentencia por la cual, después de no haberse hecho lugar á la declaratoria de herederos *ab intestato*, á favor de los demandantes, en la precitada resolución de 25 de Febrero de 1880, y ordenándoseles justificar su personería en el término de treinta días, en 19 de Noviembre del mismo año, por no haber comprobado plenamente su parentesco con la señora Ramos de Garmendia, se rechazó por segunda vez la indicada demanda; y que de consiguiente, ésta podría deducirse de nuevo llenándose aquel requisito y salvado el expresado defecto.

Obsta, sin embargo, de un modo manifiesto, á esa inteli-



gencia de la última de las mencionadas resoluciones, la cláusula expresa en ella contendida, por la cual, además de rechazarse sus pretensiones, se impone también perpetuo silencio á los demandantes; mas esto tiene en verdad su explicación; y ella se encuentra bien clara en los mismos considerandos de la sentencia, en los que, para rechazarse la demanda deducida por los Perez, al objeto de ser declarados herederos de la finada D<sup>a</sup> Josefa, se dan dos razones.

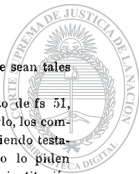
Es la primera, la de no ser completa la prueba del parentesco de aquellos en grado sucesible, ó sea la falta de personería que solo importaba una dilación, puesto que habría podido subsanarse más tarde; y segunda, la de que, aunque dicha comprobación hubiera resultado suficiente, habría sido inútil con todo, y lo sería también en lo sucesivo á los efectos de la demanda sobre la indicada declaratoria, desde que, existiendo como existía testamento, ella no podía tener lugar después.

### III

Pero esto, como lo explicaban entonces los mismos demandados, y lo repetía también el Juez, solo se verificaría, mientras subsistiese y no fuese anulado, el mencionado testamento, que era sin duda el principal obstáculo legal, según puede verse en los autos de la materia, que corren agregados al presente.

«Hoy pretende Visanelli, decía el apoderado de uno de los demandados en el escrito de fs. 43 á 46, que se declare á sus representados herederos de D<sup>a</sup> Josefa Ramos de Garmentia. Aparte de que no podrían por más que justificaran el parentesco, ser declarados herederos, puesto que no siendo forzosos, la causante ha podido instituirlos (á los demandados) como lo hizo por el testamento debidamente le-





galizado, no ha justificado tampoco Visanelli, que sean tales parientes.»

«Considerando, por otra parte, se dice, en el auto de fs 51, que aún acreditado en forma el parentesco invocado, los comparecientes no siendo herederos forzosos y existiendo testamento, no pueden ser declarados herederos como lo piden á fs 40, *mientras ese testamento donde consta la institución de herederos, no sea declarado nulo.*»

Este mismo concepto se repite en la sentencia que nos ocupa, de 19 de Noviembre de 1880: «los representantes de la testamentaria, se dice en ella, negaron el parentesco invocado; agregando que aún cuando fueran tales parientes, no serían herederos de la causante, porque no siéndolo forzosos, y existiendo testamento, debía tenerse por tales herederos á los instituidos por la testadora, *hasta tanto fuese aquél declarado nulo.*»

Todavía agrega mas adelante: «que aún suponiendo comprobado el parentesco invocado por los demandantes, no siendo herederos forzosos de D<sup>a</sup> Josefa Ramos de Garmendia y habiendo ésta instituido herederos por testamento, sus herederos *ab-intestato* no tienen derecho alguno que invocar en la herencia; pues no son herederos indebidamente preteridos en la institución, y los parientes colaterales solo son llamados por la ley á la sucesión, cuando el causante de ésta no ha dispuesto por testamento de sus bienes, y la sucesión es intestada. Por estos fundamentos.»

#### IV

Así pues, según puede notarlo V. E. la resolución que examinamos, al desechar la demanda de los Perez, para ser declarados herederos *ab intestato* de la finada doña Josefa, como parientes en grado sucesible, está basada en que no se trataba ya, mediante la aparición del testamento, de una



sucesión intestada, único caso en que los parientes sin ser herederos forzosos y aunque solo sean colaterales, podrían pretender derecho á la herencia.

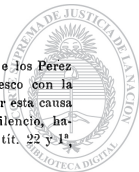
Aparte de la insuficiencia de la prueba del parentesco, la sentencia tiene en vista y hace mérito, de que sería también inútil adelantarla, desde que aunque llegara á producirse completa, ella no aprovecharía, supuesta la existencia de un testamento verdadero y válido, por parecer otorgado en forma legal; sin anularse el cual, y hasta tanto subsistiese, no podía tener lugar la sucesión legítima de los parientes.

Pero ¿ si ese testamento no fuese verdadero, sino apócrifo y falso ? Si no subsistiese legalmente, sino que por el contrario, se anulase, ¿ también entonces sería inútil adelantar y completar la prueba del parentesco ? La sentencia no lo dice: antes bien contiene claras indicaciones en sentido opuesto; porque solo declara improcedente la acción de los herederos *ab intestato*, mientras subsista el testamento ó no fuese anulado.

Lo cierto es que la resolución no se refiere á ese caso, en el cual faltarían á la vez, el postulado que tomaba por base, y el fundamento que la motivaba. Aún entonces, lo repite el exponente, los Perez, ¿ carecerían de todo derecho hereditario, no obstante que comprobasen cumplidamente su parentesco ? La sentencia no podía declarar, ni ha declarado tal cosa.

Si lo hubiese verificado, esa resolución habría sido contra derecho expreso; siendo evidente que en la hipótesis indicada, á falta de herederos instituidos en testamento, son llamados por la ley los parientes más inmediatos: primero los de la línea recta, descendente ó ascendente y el cónyuge si lo hubiere; y después, á falta de todos éstos, los de la línea colateral hasta el sexto grado inclusive. (Código Civil, artículo 3585. Ley 12, tít. 22, part. 3ª)

Si el testamento de que se trata resultase efectivamente apócrifo, resultaría también que la sentencia invocada por



los demandados, en que, después de declararse que los Perez no habían acreditado completamente su parentesco con la señora Ramos de Garmendia, y de rechazarse por esta causa su demanda, se les imponía además perpétuo silencio, habría procedido por documentos falsos. (I.L. 13, tit. 22 y 1<sup>a</sup>, Tit. 26, pág. 3<sup>a</sup>)

## V

Para resolver las dificultades que puede suscitar la aplicación de la cosa juzgada á una demanda que se interponga de nuevo, se propone una regla práctica, que por su claridad y sencillez puede sernos muy útil en el caso que examinamos; y en esta consideración es oportuno transcribirla, para hacer en seguida su aplicación.

«Es preciso, dice el señor Lira, comparar la proposición establecida en la sentencia ejecutoria, con la que expresa la pretensión que el demandante actualmente deduce: si esta proposición no contradice la primera, si puede coexistir con ella, la cuestión propuesta no está decidida, y la excepción de cosa juzgada es por consiguiente inaplicable; si por el contrario, la segunda proposición choca con la primera, si hay incompatibilidad entre ellas, la cuestión nuevamente propuesta está ya decidida, y es admisible la excepción.» (Prontuario de los juicios, tomo II, núm. XI, pág. 149).

Bien, pues, en el caso *sub-judice*, las proposiciones que basan la demanda son tres: 1<sup>a</sup> los documentos nuevamente producidos, unidos á los que ya antes se habían presentado, completan la prueba del parentesco de los reclamantes, en grado sucesible respecto á la finada doña Josefa Ramos de Garmendia: 2<sup>a</sup> no existiendo testamento verdadero y válido, los demandantes, mediante aquella justificación, deberían ser declarados herederos *ab intestato*. 3<sup>a</sup> siendo apócrifo y falso el testamento que se atribuyó á dicha señora, no puede ser válido, debe anularse, y procederse como si no existiera.



Asimismo, la resolución que se supone ejecutoria, y de la cual se pretende deducir la excepción de cosa juzgada, establece estas otras tres proposiciones: 1ª la prueba de su parentesco en grado sucesible, con la finada doña Josefa Ramos de Garmendia, producida antes por los demandantes, es incompleta.—2ª Aún cuando fuese completa, aquellos no podrían ser declarados herederos *ab intestato*, existiendo un testamento.—3ª Efectivamente existe testamento; y mientras no sea anulado, sería por consecuencia, improcedente la indicada declaración, á la cual realmente no hace lugar.

Si comparamos estas proposiciones de la sentencia, con las tres primeras de la demanda, se advierte con claridad, que no existe entre ellas respectivamente, verdadera contradicción: bien pudo ser incompleta la justificación producida antes por los Perez sobre su parentesco, y resultar sin embargo, completada con los documentos presentados de nuevo.

No hay en realidad oposición alguna, en afirmar que los demandantes, aún siendo parientes, no podrían ser declarados herederos *ab intestato*, desde que exista testamento; y sostener sin embargo, que podrían serlo muy bien, no existiendo tal testamento.

No la hay tampoco en fin, en decir que en efecto existía un testamento, y que mientras no fuese anulado, obstaba á la indicada declaración, y pretender con todo, que ese testamento es falso; que siendo falso es también nulo, y que realmente debe ser anulado: después de lo cual, desaparecería todo obstáculo á la declaración solicitada, de ser los demandantes herederos *ab intestato*.

Si no existe pues, verdadera contradicción entre la sentencia que examinamos y la nueva demanda deducida, es claro que vendría á ser inaplicable la cláusula accesoria de perpetuo silencio contenida en aquélla, que tampoco correspondía á la naturaleza del juicio; pero que á semejanza de la de, *ejecutándose sin embargo*, en las sentencias de vista, la cual imponía la necesidad de obtener previa licencia para suplicar, parecería exigir á lo menos en este caso, el previo

permiso para hablar, cuando no cerrase absolutamente las puertas á un nuevo juicio: por lo que conviene nos ocupemos de ella en particular.

## VI

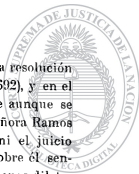
¿ Qué importancia tiene, pues, en jurisprudencia, la cláusula de una resolución imponiendo á la parte vencida perpetuo silencio ? Bien puede afirmarse, Exma. Cámara, sin trepidación alguna, que en general no tiene ninguna; y que de consiguiente, salvo ciertas excepciones, ella es siempre de todo punto inútil, como es fácil demostrarlo.

En efecto, si dicha cláusula adhiere á una resolución de las que pasan en cosa juzgada, ningún resultado produciría; pues una vez ejecutoriada aquella, con dicha cláusula ó sin ella, impediría siempre volver sobre la cuestión resuelta; y si por el contrario, la resolución no fuese de las que causan estado, la enunciada cláusula sería incompatible con ella; y no alcanzando á desnaturalizarla, tampoco podría producir resultado alguno.

Ahora bien, prescindiéndose de la cláusula de perpetuo silencio impuesta á los demandantes, como en realidad debe prescindirse, y no habiéndose declarado que aquellos no fueran parientes de la finada D<sup>a</sup> Josefa Ramos de Garmendia; sino simplemente, que no habían acreditado en forma legal su parentesco, no existe razón alguna, para que comprobándolo ahora de un modo satisfactorio, se les desconozca sin embargo, el derecho para discutir la autenticidad del testamento ológrafo atribuido á dicha finada.

Ni el auto que aprueba y manda protocolizar un testamento de esa clase, ni el que concede á una persona la posesión de los bienes de la sucesión, ni en fin, el que declara á alguno heredero *ab intestato*, causan estado; sino que llevan explícita ó implícita la condición restrictiva, en cuanto hubiere lugar, y sin perjuicio de tercero que acredite mejor derecho.





Lo primero no es dudoso siquiera, pues que la resolución recae en un juicio sumario (Código Civil, art. 3692), y en el caso actual debe tenerse presente también, que aunque se dedujo acción de nulidad del testamento de la señora Ramos de Garmendia, ni la demanda fué contestada, ni el juicio se formalizó, ni mucho menos en fin, recayó sobre él sentencia definitiva, por haberse alegado las excepciones dilatorias de *litis pendencia* y falta de personería.

Lo segundo es igualmente incuestionable, en razón de que la posesión *ex-testamento*, suele concederse también en juicio sumario, basado en que aquél no manifiesta vicio alguno externo, (Código Civil, art. 3413), como porque, á pesar de esto, podría muy bien contenerlo interno: y aún sin adolecer en realidad de vicio de ninguna clase, podría sin embargo, resultar derogado por otro testamento del cual no se hubiese tenido noticia.

Por último, el derecho hereditario *ab intestato* que se declara á favor de un pariente, es asimismo sin perjuicio de tercero: ya porque podría existir y salir después otro pariente de grado mas próximo; cuanto porque, aunque eso no sucediese, podría haber al menos, otros parientes de igual grado que el reclamante.

Tanto mas tiene esto que ser así, cuanto que los derechos hereditarios por el Código vigente en la actualidad, se conceden á toda la parentela, hasta el sexto grado inclusive, de la línea colateral; sin que al que reclame la herencia, se le pueda oponer que no es el pariente mas próximo ó que existen otros mas inmediatos, pues á pesar de eso, en la inacción de los demás, se le debe acordar con todo la posesión; pero sin perjuicio de que después aquellos, hagan valer sus derechos preferentes. (Código Civil, art. 3424).

## VII

Diremos así, que tales resoluciones no causan estado, y que el heredero á pesar de haber sido reconocido y de-



clarado tal, encontrándose también ya en posesión de la herencia, es obligado no obstante, á contestar las acciones de petición de la misma que puedan deducirse: sin que deba considerarse seguro, antes que aquellas hubiesen sido prescriptas, y sin que quien las deduce haya de ser repelido, porque habiéndolas intentado otra vez, y opuéstosele como excepción dilatoria falta de personería, no consiguiese demostrar satisfactoriamente su parentesco, desde que entonces lo acredite de un modo legal, cual sucede ahora, en el caso que nos ocupa.

Que el Juez mismo que conocía en la causa, comprendía hallarse tramitando un juicio sumario y puramente informativo, lo demuestra el que desechando la demanda, al resolver que no había lugar á la declaración de herederos que tenían solicitada los Perez, por no haber acreditado el parentesco, les mandaba con todo, justificar su personería dentro de un término señalado; y el que, vencido este término, volvía á resolver segunda vez, sobre el mismo punto decidido en la primera, agregando solamente, la cláusula de perpetuo silencio impuesta á los demandantes.

Esta cláusula que si hubiese de producir realmente el efecto en ella indicado, no podría por cierto aplicarse, sino á los casos en que se encuentre especialmente autorizada, evidentemente según se deduce de lo alegado, fué empleada esta vez á ejemplo de lo dispuesto en el juicio de jactancia; si bien en éste el señalamiento de un plazo, para que el jactancioso deduzca su derecho, debe hacerse bajo expreso apercibimiento de declararse aquél caduco en caso contrario, (Código de Procedimiento, art. 428): condición que en la práctica moderna, había reemplazado al doble requerimiento y segunda rebeldía, exigidos antiguamente.

Cuando se admitiese pues, la pretendida analogía entre ambos casos, que el exponente considera mas que dudosa, y el Juez se creyese autorizado en el caso de que se trata, á imponer la pena de caducidad; se nota con todo que la designación de un término para probar, que en los juicios



sumarios ó informativos, no lleva de por sí la calidad de perentorio, tampoco contenía el indicado apercibimiento que pudiera justificar la imposición de perpetuo silencio á los reclamantes.

Se nota también, que habiendo sido el único fundamento alegado para justificar esa medida, el ejemplo de otro caso resuelto anteriormente, por la Suprema Corte de Justicia Provincial, aunque la ley prohíbe terminantemente juzgar de tal manera, además consta, que en ese caso la parte fué apercibida de un modo expreso, con declararse caduco su derecho é imponérsele perpetuo silencio; lo cual no había sucedido en el caso que nos ocupa, al declararse la caducidad.

## VIII

Se ha discutido en esta causa, aunque solo incidentalmente, sobre el tiempo de la prescripción de las acciones hereditarias y sobre la duración de la acción para decir de nulidad, citándose al respecto disposiciones inoportunas, que poca ó ninguna relación podrían tener en el caso á que se refiere la cuestión presente; y puesto que el Fiscal recuerda esa discusión, debe á su vez exponer los principios que en su concepto contienen la verdadera doctrina.

Las acciones reales en general, entre ellas la de petición de herencia, duran el mismo tiempo que se necesita para la prescripción del derecho que les sirve de base, á saber, respecto de aquélla, la propiedad de la herencia, que por más que comprenda una universalidad de bienes, no teniendo designado término especial para la prescripción, se adquiere sin duda alguna por diez ó veinte años, con buena fé y justo título; solo por treinta, faltando estos requisitos. (Artículos 3999 y 4015).

La acción para decir de nulidad de un acto jurídico, generalmente hablando, como acción personal que es, durará





también diez ó veinte años, según que la prescripción tenga lugar entre presentes ó ausentes; pero como veremos luego, esto solo se aplica á la nulidad relativa, en que únicamente se trata del interés individual; no á la absoluta, que se impone en consideración á la moral y al orden público. (Artículos 1058 y 4023).

En muchos casos especiales, en que el vicio de nulidad del acto jurídico proviene de error, dolo ó fuerza, ó bien de una incapacidad relativa, como la de un menor ó de la mujer casada, el tiempo de la prescripción se halla reducido á dos años: no hay prescripción de nulidad absoluta; y respecto á los actos que adolecen de ella, rige el principio de que, lo que fué nulo desde su origen, no puede revalidarse por el trascurso del tiempo: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

Una escritura pública sin fecha, con un solo testigo ó no autorizada por escribano, y mucho menos un documento falso, no adquirirían jamás valor legal, aunque pasasen cien años; antes bien, como lo exigen la moral y el orden público, serían perpetuamente nulos: de lo cual resulta que en el caso *sub-judice*, atacándose como apócrifo, el testamento ológrafo atribuido á la señora Ramos de Garmendia, la nulidad de ninguna suerte podría hallarse prescripta. (Código Civil, art. 1047).

## IX

Hay otro punto de mucha importancia que se hace indispensable examinar, antes de resolverse si es procedente ó no en el caso que nos ocupa la escepción opuesta de cosa juzgada, además del de saberse si la sentencia á que se refiere, es de aquellas que por su naturaleza causan estado: tal es el de si en la suposición de que realmente pudiera producir cosa juzgada, fuese sin embargo susceptible ó no, de ser atacada y anulada por algún recurso ordinario ó extraordinario.



Este punto, Exma. Cámara, ofrece seguramente grandísima dificultad, á causa de la deficiencia y oscuridad de nuestras leyes, que como era consiguiente, ha producido también gran divergencia de opiniones entre los autores; y no pudiendo el exponente esperar de modo alguno, traer nuevas luces á un debate en que tantos han fracasado, bien habría querido excusarlo, si por otra parte no encontrase en su conciencia que él se relaciona de un modo muy estrecho, con la cuestión á resolverse.

Es evidente que si el testamento ológrafo atribuido á la finada doña Josefa Ramos de Garmendia, fuese efectivamente apócrifo, según se alega por los demandantes, ofreciendo justificarlo, la sentencia que fundándose en su existencia, no hizo lugar á la declaración de herederos *ab intestato* á favor de aquéllos, antes bien, desechando su pretensión, les impuso perpetuo silencio, habría sido por derecho, nula y de ningún valor.

Bien, pues, las LL. 13, Tít. 22 y 1ª Tít. 26, P. 3ª permitían en ese caso, reclamar la nulidad en cualquier tiempo, ó por lo menos hasta veinte años después de pronunciada aquélla; de lo cual se sigue que no habiéndose cumplido éstos todavía, desde que se dictó la referida sentencia, y alegándose contra ella haberse fundado en un documento falso, lo cual se ofrece justificar; supuesta la vigencia de las mencionadas leyes, no podría dejar de admitirse la prueba ofrecida, puesto que de ella podría resultar ser nula la indicada resolución, é improcedente por tanto, la escepción de cosa juzgada.

Pero ¿están vigentes las precitadas leyes? ¿Cuántas y cuán intrincadas é interminables discusiones ha suscitado ese punto? La Ley 2, Tít. 17, L. 4ª, Rec. Cast., procurando la pronta terminación de los pleitos, estableció en los términos al parecer más absolutos, que si alguno considerase nula la sentencia dada contra él, pudiese alegarlo dentro de sesenta días, y no después; porque en adelante no se le oiría.



¿ Es realmente absoluta esta disposición y debe aplicarse tal como suena, sin hacerse distinción alguna de las diversas causas que pueden producir la nulidad de las sentencias? Por el lapso de solo dos meses ¿ se revalidarán las resoluciones más injustas, más absurdas y más atroces? ¿ Y qué se dirá de las sentencias imposibles, inmorales ó que no tengan siquiera las formas exteriores ni apariencias de tales?

## X

La Curia Filípica que quizá es la que ha tratado con más sencillez y acierto este punto, distingue oportunamente á juicio del exponente, entre las causas ordinarias de nulidad y otras extraordinarias y especialísimas, aplicando la indicada disposición Recopilada á las primeras solamente y de ningún modo á las segundas. (Parte I, § 12, Núms. 12, 13 y 14).

El Doctor Esteves Saguí con el más plausible celo por la justicia y por el adelanto de la ciencia, estudió seriamente la materia y pretendió resolver la dificultad, sosteniendo que la prohibición de deducir ú oponer la nulidad de las sentencias después de pasados sesenta días, se refería solo al recurso para impedir su ejecución; pero que no se quitaba con esto á la parte agraviada, todo derecho de hacer valer aquella en cualquier tiempo, por acción especial, una vez cumplido y ejecutado lo resuelto, para lo cual se apoyaba en la ley 3, Tit. y L. citados que parece indicarlo así efectivamente.

Confiesa, sin embargo, aunque tal vez con alguna ligereza, que su teoría viene á estrellarse con la Ley II, Recopilada del mismo tit., en la que al suprimirse el recurso de restitución *in integrum*, como lo había sido ya el de nulidad, en las causas que no admitiesen súplica, se declaraba que en consecuencia, las cuestiones que así quedasen resueltas, no pudieran volver á ventilarse ni suscitarse de nuevo en ninguna forma. (Trat. de Procs., pág. 637, n. 1334).



Debe observarse con todo, que esta última disposición se refiere únicamente á casos especiales, cuales eran aquellos, en que no se concedía el recurso de súplica, ó en que la sentencia de vista se mandaba ejecutar, sin embargo de aquélla; y como esto por lo regular sucedía en los juicios posesorios ó sumarios que suponían un segundo juicio en vía ordinaria ó sobre propiedad, en realidad la disposición de que se trata, no se oponía quizá á la doctrina del doctor Esteves Sagui; pues no quitaba definitivamente todo derecho, ni podría por lo tanto, producir un daño irreparable.

## XI

Los adicionadores de los comentarios de Gregorio Lopez, que tanta reputación han alcanzado, señores Samponts y Barba, Martí de Eixalá, Ferrer y Subirana, y que sobre la materia que nos ocupa, han escrito un tratado extenso y eruditísimo, se hacen cargo de la cuestión propuesta; y reconociendo ser muy árdua, después de aducir todos los antecedentes legales, emiten una opinión, que no deja de parecer bastante fundada.

Ellos suponen que la disposición de la enunciada ley 2 Recopilada es en efecto absoluta; mas como se refiere á sentencias propiamente dichas, desde luego excluyen de ella, las que por ser imposibles, absurdas ó inmorales, no merecen siquiera este nombre; y también las que por falta total de jurisdicción en el que las pronuncia, ó por no haberse citado á la parte á quien perjudiquen, no tengan ni aún las formas exteriores y apariencia de tales.

En cuanto á las sentencias dadas por falsos documentos y en otros casos semejantes que con éste se equiparan, sostienen que subsiste el derecho de reclamarlas hasta veinte años de haberse pronunciado, aún después de la mencionada ley Recopilada, que redujo á sesenta días, el término para decir de nulidad, de las sentencias en general.



Para esto se fundan en razones poderosas y en observaciones muy exactas, á saber, que las mismas leyes Recopiladas distinguen entre la acción de nulidad y el recurso de restitución *in integrum*; y si bien éste como aquélla, ha quedado suprimido para las sentencias que no admitan súplica, nada se ha determinado respecto de él, sobre las de 1ª Instancia, ni tampoco se ha introducido novedad, en cuanto al tiempo en que debía deducirse.

Ahora bien, según puede observarse en las precitadas leyes de Partidas 13, Tít. 22 y 1ª Tít. 26, Pª 3ª, el recurso que ellas acordaban, para anular las sentencias pronunciadas por falsos documentos ó por causas semejantes, era precisamente el de restitución *in integrum*, que las Recopiladas no han suprimido, sino en casos determinados; y sin alterar el término en que se había de entablar en aquellos, en que, como en el caso que nos ocupa, dejaban subsistente el expresado recurso. (Véase el apéndice al Tít. 26, 1ª 3ª).

## XII

Esto es lo que teníamos en la Legislación Española; pero también nuestra ley de Procedimientos y el Código Civil, sobre el cual se encuentra calcada, han introducido en la materia, modificaciones y reformas, de que no pudiendo prescindir en manera alguna, necesitamos darnos cuenta, y debemos tenerlas presentes.

Empecemos nuestro examen por el Código Civil; porque como lo acabamos de observar, éste ha de ser forzosamente, y en realidad es la base de los procedimientos: en donde quiera que él reconozca un derecho, tenemos que admitir también, una acción para hacerlo valer, ó una excepción para defenderlo; que por el contrario, no podemos suponer cuando aquél lo niegue: á las cuales acciones y excepciones hemos de asignar igualmente, la duración que el Código señale al derecho á que se refieren.



El Código Civil ha suprimido la restitución *in integrum* como privilegio acordado á los menores y demás personas incapaces, que se encuentran sometidas á la dirección de representantes necesarios; pero conserva dicha restitución en los casos en que se concedía en general, aún á las personas capaces, acordándoles las acciones rescisorias de los actos que les perjudiquen injustamente. (Artículos 58, 1045 y 4030).

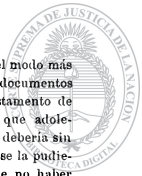
También ha legislado sobre los actos jurídicos; y debiendo sin duda alguna, enumerarse entre ellos en primer lugar las sentencias, sus disposiciones, que según lo hemos establecido, tienen que servir de base á la ley de Procedimientos, no pueden menos de afectarlas; indicando también en los casos de duda ú oscuridad, el sentido en que aquélla debe entenderse y practicarse.

Según el Código Civil, no solo adolecen de nulidad absoluta, los actos que tengan un objeto imposible ó inmoral, sino también aquellos, cuya nulidad hayan declarado expresamente las leyes, aunque á veces no siendo ésta manifiesta, por no constar del mismo documento, requiera una indagación de hecho; y por último, los actos en que no se haya observado su forma esencial. (Artículos 1038, 1045 y 1046).

Actos tales no pueden ser ratificados, ni su nulidad cubrirse por confirmación tácita ni expresa; siendo por tanto perpetua y no susceptible de prescripción: para hacerla valer no se requiere, ni se concede acción alguna especial, pues basta alegarla ú oponerla; y aún sin ésto, siendo manifiesta, puede pedirla el Ministerio Fiscal, ó declararse de oficio por el Juez, en obsequio de la moral y del interés público. (Artículos 1947 y 1058).

### XIII

Ahora bien, y por lo que concierne en particular á nuestro caso; haciéndose aplicación de la enunciada doctrina,



tendríamos: que siendo muchas las leyes, que del modo más expreso declaran nula la sentencia fundada en documentos falsos; si en efecto, fuese apócrifo y falso el testamento de la señora Ramos de Garmendia, la nulidad de que adolecería la sentencia invocada por los demandados, debería sin duda considerarse absoluta y perpetua; sin que se la pudiera suponer cubierta ó subsanada por el hecho de no haber sido reclamada antes. (LL. 13 y 24, Tit. 22 y 1<sup>a</sup>. 2 y 5, Tit. 26, P<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>).

La ley de Procs. en cuanto declara en el art. 239, que la nulidad de una sentencia únicamente puede pedirse ú oponerse, dentro del mismo tiempo concedido para la apelación, cuando ésta proceda; interponiéndose el recurso junto con ella, solo podría aplicarse á las nulidades relativas en las sentencias, cuyos defectos sean subsanables por el consentimiento tácito ó expreso y por el transcurso del tiempo; no á los que según el Código Civil produzcan nulidad absoluta, insanable y perpetua.

El art. 65 de dicha ley de Procedimientos que suprime el beneficio de restitución *in integrum*, aunque redactado en términos al parecer absolutos, debe sin embargo entenderse solamente, de la restitución como privilegio que se acordaba á los menores é incapaces; y no de la que se concedía en general á todos por justas causas: ésto de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, que en casos tales, conserva las acciones rescisorias, para obtener la restitución y nulidad de lo obrado en perjuicio del reclamante.

Las consideraciones que preceden, Exma. Cámara, coincidiendo con la manera en que el Juez *á quo* ha apreciado los hechos expuestos, y aplicado el derecho que les concierne; deduciendo de todo la improcedencia de la excepción opuesta de cosa juzgada, que en esa virtud es desechada por la resolución de que se apela, inducen al Fiscal á aceptar como arreglada y justa esa resolución, que en su concepto debe confirmarse.

# VISTA CIII

## RECURSO DE FUERZA Y PROTECCIÓN

### SUMARIO

El Provisor se dirige á la Exma. Cámara en lo civil, quejándose de que el Jefe de Policía se haya negado á verificar el depósito de una mujer, ordenado por la Curia en juicio de divorcio.—El recurrente instruye su queja acompañando la resolución á que se refiere, precedida de un dictamen asesorado, cuyo contenido y fundamentos se relacionan.—Razones y antecedentes invocados por el Provisor para demostrar que la indicada resolución policial menoscaba la jurisdicción de la Curia Eclesiástica.—Se examina y se demuestra la procedencia del recurso de que se trata.—Aunque ella se deduce de las mismas leyes citadas por el Asesor, el punto antes de ahora, no carece de dificultad, atendidos los términos de la Ley Orgánica en lo que á él concierne.—Reformada esta ley y cambiada la redacción en lo referente á la materia, toda dificultad ha desaparecido.—La Curia Eclesiástica es un Tribunal Público, que puede dirigirse directamente á los Jueces subalternos y á la Policía, salvo los casos especiales en que debe solicitar auxilio por medio de los Tribunales superiores.—El depósito de la mujer en el juicio de divorcio, no importando prisión ó arresto, no se comprende en los indicados casos de excepción.—La facultad de decretar dicho depósito en los expresados juicios, corresponde á la Curia por principios generales de Derecho.—Esta se encuentra de muy antiguo en posesión de ella; y le ha sido reconocida siempre por los tribunales civiles.—El Jefe de Policía por la resolución de que se trata, altera infundadamente la práctica, y echa por tierra la jurisprudencia establecida.—No es exacto que por el Código Civil, la facultad de ordenar el depósito de la mujer corresponda siempre á los Jueces civiles.—Se demuestra que el Código no ha introducido novedad en la materia; y se contesta á los argumentos aducidos en sentido contrario.—El indicado depósito es muchas veces una medida urgentísima, que bien puede equipararse á los casos de fuga de una esposa ó de un menor.—En estos casos el Código autoriza expresamente al marido ó al padre para solicitar medidas policiales.—Inconveniencia é inadmisibilidad de la tramita-







ción que el Jefe de Policía exige para hacer el depósito de la mujer. — Inteligencia equivocada que dá á las disposiciones del Código, que en los casos mencionados autorizan en términos expresos, el empleo de medidas policiales. — Es inexacto lo que supone, que en el lenguaje de aquél, *medidas policiales* signifique *medidas judiciales*. — Se demuestra que ésto no es así comparando los artículos de que se trata, con las fuentes de donde han sido tomados. — La interpretación que de ellos hace la policía desnaturaliza y pervierte las más sabias disposiciones del Código; habiendo de producir dañosas consecuencias. — El Tribunal admitiendo el recurso interpuesto, debe en justicia, reconocer y declarar en favor de la Curia Eclesiástica, el derecho que reclama.

*Exema. Cámara:*—El Discreto Provisor se ha dirigido á V. E. y manifestado: que habiendo ordenado á la Policía, como había sido hasta ahora de práctica constante, hacer efectivo el depósito en la Casa de Ejercicios, de D<sup>a</sup> Ana Maria Cornelli, originado en el juicio de divorcio que se seguía ante la Curia Eclesiástica, por haber fugado del hogar marital, el Jefe de la expresada Repartición se había negado á cumplir aquella orden; y pronunciado además, previo dictamen de su Asesor, la resolución general que acompañaba en hoja impresa, á fin de que instruido de ella el Tribunal, y encontrando que menoscaba la jurisdicción de la Curia, se sirviese adoptar las medidas necesarias á hacerla respetar.

Efectivamente, en el citado impreso se contiene el dictámen del Asesor de Policía en el asunto de que se trata y sobre la emergencia indicada; en el cual se establece, que si bien es cierto que la Policía debe cumplir las órdenes emanadas de los demás Tribunales, no sucede lo mismo, con las de prisión ó embargo de bienes que pueda expedir la Curia Eclesiástica, aún cuando recaigan en asuntos de su competencia, pues para la ejecución de tales medidas, corresponde según Derecho, que solicite el auxilio del brazo secular, es decir, la intervención de los Tribunales civiles, encargados de prestarle protección, si encontrasen que así procede. (L. L. 9 t. 10 — 20 tít 1º Lib. 2 Nov. Rec. y 11 tít. 10 Lib. 1º R. 1).

Que aún cuando las causas matrimoniales han correspondido



siempre al conocimiento de la jurisdicción eclesiástica, ya por la antigua Legislación estaba declarado que aquélla no alcanzaba á las temporales y profanas sobre alimentos, *litis expensas*, y restitución de dote; y según el Código Civil vigente en la actualidad, en los casos de divorcio, en los matrimonios católicos ó mixtos, corresponde exclusivamente á los Jueces legos conocer de los efectos civiles de aquél, con relación á las personas de los cónyuges, crianza ó educación de los hijos y sobre los bienes de la sociedad conyugal. (Art. 202).

Observa también el Asesor, que en conformidad al mismo Código, admitida por el Eclesiástico la demanda de divorcio, el Juez civil á instancia de parte, señalará los alimentos que el marido debe prestar á la mujer, y dispondrá que las expensas del juicio de divorcio sean satisfechas por el marido, (art. 203); en fin que en los casos de nulidad de matrimonios aunque sean de católicos ó autorizados por la Iglesia Católica, corresponde igualmente al Juez civil conocer de todos los efectos civiles, ó decretar las medidas provisorias que fueran necesarias durante el juicio de nulidad, respecto á las personas y bienes de los esposos (art 229).

De todo ello deduce el Asesor, que el derecho de ordenar el depósito de la mujer durante el juicio de divorcio, aún cuando éste verse entre católicos, no corresponde á la Curia Eclesiástica, sino á los Tribunales civiles; y que en todo caso importando dicho depósito una prisión ó arresto, para cuya ejecución, aquélla debiera solicitar el auxilio de éstos, la Policía no podrá verificarlos sin ese requisito.

Opina y sostiene además, que ni aún en los casos de fuga ó abandono del hogar marital por parte de la mujer, en que el Código parece autorizarlo expresamente, debe proceder la Policía, por solicitud del marido á la captura de aquélla, sin que antes la ordenen los Tribunales: porque donde el Código habla de *medidas policiales*, debe según él, entenderse *judiciales*.

Al pié de este dictámen, se registra un auto del Jefe de



Policía, en que aceptando la doctrina y conclusiones del Ase-sor, se niega á verificar el depósito de la expresada mujer, ordenado por la Curia; y declara también, que tampoco lo verificará en lo sucesivo, ya sea á solicitud de ésta ó á peti-ción de los mismos maridos, sin que antes se ocurra á los Tribunales civiles.

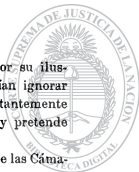
---

Sobre esta resolución observa por su parte el Discreto Pro-visor, que ella viene á introducir una gran novedad com-pletamente infundada, respecto á la práctica seguida hasta ahora, en los casos á que dicha resolución se refiere; pues ni se trata en ellos de prisión ó arresto, ni es posible desco-nocer con el más leve asomo de razón, competencia en el Tribunal Eclesiástico, para ordenar el depósito de la mujer, en el juicio de divorcio entre católicos.

Que no siendo otra cosa la indicada medida, que un in-cidente ó emergencia del juicio, tiene lugar en él la regla bien conocida de Procedimientos que considera competente en los incidentes, al Juez que lo es, y que conoce en lo prin-cipal: en conformidad al cual principio, la Curia Eclesiás-tica ha ejercido siempre la mencionada atribución y se en-cuentra en posesión de ella, sin que jamás le haya sido disputada.

Que no es exacto que el Código Civil haya introducido acerca de ésto reforma alguna como se pretende; pues al contrario declara explícitamente, que el matrimonio entre católicos se rige por los cánones de la Iglesia; y en conse-cuencia reconoce también la competencia de los Tribunales Eclesiásticos para entender y resolver en los juicios de nulidad del matrimonio de aquéllos, ó de divorcio entre los cónyuges. (Arts. 167, 201 y 225).

Agrega que en esta virtud, antes y después de la vigencia del Código Civil, primero, los Tribunales de la Provincia y más tarde los nacionales establecidos en esta capital, en los



cuales han figurado tantos hombres eminentes por su ilustración y su probidad, que ciertamente no podían ignorar las disposiciones de aquél, han reconocido constantemente en la Curia Eclesiástica, la atribución de que hoy pretende despojarla la Policía.

Efectivamente, existen repetidas resoluciones de las Cámaras de Apelaciones y Suprema Corte de la Provincia, que cita en su exposición; y las hay también de este mismo Tribunal y de los Jueces inferiores, que han declarado corresponder á la Autoridad Eclesiástica, jurisdicción para decretar el depósito de la mujer, en los juicios de divorcio de que conoce.

Figuran principalmente entre esas resoluciones, la de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia en la causa Arana-Obligado (Acuerdos y sentencias, t. 10, pág. 429); las de V. E. en las causas Lohézic-Oromi (Marzo 18 de 1885), de Reyes y Fernandez (fallos de la Cámara en lo Civil, 2ª serie, tom. 2º, pág. 309); del Juez de 1ª Instancia en lo Civil, Dr. Molina Arrotea, (tomo 3º de sus sentencias, Causa 145).

—

Siendo esto así, Exma. Cámara, ocurre desde luego preguntar, si puede ser permitido á la Policía echar por tierra de un momento á otro y de una sola plumada, la jurisprudencia de los Tribunales sobre el punto que nos ocupa, afirmada por repetidos fallos pronunciados por magistrados competentísimos, después de serios y concienzudos estudios.

¿ Si no es cosa extraña é irregular el que se considere encargada de deslindar la jurisdicción eclesiástica de la civil, reclamando en favor de ésta, una atribución de que aquélla se encuentra en posesión, y que además le reconocen sin dificultad alguna, los Tribunales civiles ?

¿ Si no es impropio, en fin, é inadmisible el que á propósito de la emergencia de que se trata, entre á interpretar y declarar en general, diversos artículos del Código Civil, con-



trariando las opiniones admitidas, separándose de su sentido propio y natural, y atribuyéndoles, en fin, una inteligencia que manifiestamente rechazan?

Antes de descender al examen de la resolución reclamada, conviene el que nos ocupemos de la procedencia y admisibilidad del recurso introducido por la Curia Eclesiástica; pues aunque su legalidad se deduce de las mismas leyes españolas y de Indias citadas por el Asesor, en cuanto prescribían á los Jueces civiles y especialmente á los Tribunales Superiores, prestar á los Eclesiásticos el auxilio que necesitasen para defender su jurisdicción, el punto sin embargo, antes de ahora, no carecía de dificultad.

Provenía ésta de que la antigua Ley Orgánica de los Tri-nales, al atribuir por el artículo 71, inciso 2º, á la Exma. Cámara de lo Civil el conocimiento de los recursos de fuerza, entre los cuales, según la antigua Legislación, se hallaban comprendidos los de protección, parecía por los términos en que dicho inciso estaba concebido, excluir estos últimos, pues solo mencionaba los que versasen *contra las resoluciones de las autoridades eclesiásticas*.

A pesar de ésto, el exponente sostuvo y demostró : que no habiéndose propuesto la citada ley, que venía á tener su complemento en las de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, reglamentar de nuevo la materia; y siendo indispensables los indicados recursos de protección á la autoridad eclesiástica, para defender la jurisdicción de que se hallaba investida, y que le estaba reconocida por el Derecho vigente, tales recursos debían considerarse comprendidos en aquellos, cuyo conocimiento se atribuía á V. E., mencionándose únicamente los primeros por ser los más frecuentes. (Colección de Vistas Fiscales, tom. 1º, núm. 25, pág. 423).

Hoy con motivo de la reforma de la enunciada Ley Orgánica, toda dificultad ha desaparecido; porque notada la ambigüedad de los términos del expresado inciso y observadas las cuestiones que á causa de ella podían suscitarse, se ha



cambiado la redacción, atribuyéndose en general á la Exma. Cámara de lo Civil, el conocimiento *de los recursos de fuerza*; sin concretarse como antes, á los que versasen contra las resoluciones de las autoridades eclesiásticas, según puede observarse en el inciso 2º del artículo 80; de manera que ahora, sin duda alguna, los comprende todos, de cualquier clase que sean.

---

Esto sentado, veamos que deba decirse de la resolución del Jefe de Policía, que se niega á hacer efectivo el depósito en la Casa de Ejercicios, de doña Ana María Cornelli decretado por la Curia Eclesiástica, á petición del marido, según parece en el juicio de divorcio de que aquélla está conociendo legalmente.

Desde luego el Fiscal, no trepida en afirmar que semejante resolución es completamente equivocada; y que mientras al separarse de la práctica establecida en los casos á que se refiere, subvierte de todo punto la jurisprudencia de los Tribunales, menoscaba también al mismo tiempo, las atribuciones de la Curia Eclesiástica y ofende su jurisdicción, que V. E. está en el deber de hacer respetar.

Manifiestamente esa resolución procede de estos antecedentes: 1º haber confundido el depósito de la mujer durante el juicio de divorcio, con un arresto ó prisión. 2º Haber entendido que el Código Civil, reformando lo que se hallaba establecido por el Derecho anterior, quitaba al Tribunal Eclesiástico la facultad de ordenar el expresado depósito, para conferirla á los Jueces civiles. 3º De no haberse, en fin, reflexionado bastante, sobre la naturaleza de esta medida puramente económica y muchas veces urgentísima.

La Curia Eclesiástica es un Tribunal propiamente dicho, que ejerce autoridad pública, y cuya jurisdicción le está reconocida por las leyes, correspondiéndole de consiguiente todas las atribuciones de un juzgado ordinario, salvo la



restricciones que aquellas le han impuesto en su manera de proceder: las cuales consisten en no deber ejecutar prisión en personas seglares, ni embargo de sus bienes, sino solicitando al efecto el auxilio de los Tribunales civiles, que deben acordárselo cuando así corresponda.

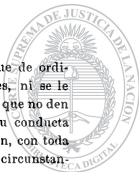
Fuera de estas restricciones que solo constituyen casos de excepción, la Curia Eclesiástica tiene igual derecho á ser obedecida por los Jueces subalternos y auxiliada por la Policía en el ejercicio de sus atribuciones, que cualquier otro Tribunal, según lo ha declarado antes de ahora, la Suprema Corte de la Provincia; y además se ha practicado constante con perfecta legalidad.

A pesar de las indicadas restricciones, de no poder ejecutar prisión de personas seglares, ni embargo de sus bienes, que han tenido rigurosa observancia, la Curia Eclesiástica ha continuado siempre, ejerciendo la facultad de ordenar el depósito de la mujer, en los juicios de divorcio de que ha conocido; y esa medida sin necesidad de ocurrir antes á los Tribunales civiles, ha sido cumplimentada por la Policía sin observación alguna.

Así procedía en verdad: y es por esto también que esa práctica ha sido tolerada y autorizada expresamente por los Tribunales civiles, desde que no se trataba en ella de arresto ó prisión; pues que nadie hasta ahora había considerado tal el indicado depósito; ni se podría citar seguramente un solo autor, que opine de diversa manera: siendo por tanto un error grosero confundir cosas tan diversas, que no pueden serlo más.

Nadie solicita ciertamente, ser constituido en prisión; mientras que es muy frecuente el que sea la misma mujer, la que al iniciarse el juicio de divorcio, buscando su propia seguridad, solicite el depósito; el cual no se hace en la cárcel, ni en ningún establecimiento correccional, como lo indica con grave inexactitud el Asesor; por lo que esa medida no menoscaba de modo alguno la reputación de aquélla.

La esposa depositada no está sujeta á ningún reglamento



carcelario; ni es propiamente una reclusa, porque de ordinario, ni se le impide salir á horas competentes, ni se le prohíben tampoco, relaciones honestas y decorosas que no den lugar á sospechas: aún cuando necesariamente su conducta haya de ser vigilada, y ella deba proceder también, con toda la circunspección y prudencia que aconsejen las circunstancias, y que requiere lo delicado de su posición.

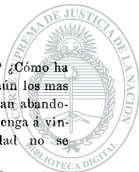
A pesar de tantas y tan marcadas diferencias entre el depósito de la mujer y el arresto ó prisión, el Jefe de Policía no ha sabido distinguir estas cosas enteramente diversas; las ha confundido por desgracia: y en seguida ha tratado de aplicar equivocadamente, disposiciones legales bien conocidas; pero que no son del caso, y que de consiguiente se aducen fuera de oportunidad.

Procedía es verdad, según lo manifiesta, en la inteligencia de que como quiera que esto sea, en todo caso, el Código Civil, reformando lo que antes existía ó se hallaba establecido por las leyes, habría venido á privar á los Jueces eclesiásticos, del derecho de ordenar el depósito de la mujer durante el juicio de divorcio, aún cuando verse entre católicos; y á conferirlo á los tribunales civiles.

Pero esta es otra equivocación no menor que la primera; porque respecto al matrimonio entre católicos, según lo establece con exactitud el Provisor, el Código no hace otra cosa, que declararlo sujeto á la Legislación Canónica: conservando íntegra por tanto, en la materia la jurisdicción eclesiástica, que según él, continuaría conociendo en las causas matrimoniales sobre nulidad y divorcio; y desde que entendería en lo principal, habría de proveer también en los incidentes del juicio, como el depósito de la mujer.

Nadie ha entendido de diversa manera, las disposiciones concernientes del Código Civil: la Curia ha continuado como antes, ordenando el indicado depósito en los casos en que correspondía, y ha sido debidamente obedecida, sin reclamación alguna; antes bien con el expreso asentimiento y con el apoyo de los Tribunales civiles. ¿De qué modo ha venido





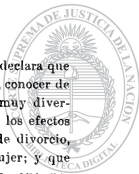
á descubrirse que todos estábamos equivocados? ¿Cómo ha podido suceder que mientras los Jueces civiles, aún los mas ilustrados y celosos, por inercia ó negligencia, hacían abandono de sus atribuciones, un subalterno sea, quien venga á vindicarlas para ellos y á devolvérselas? En realidad no se concibe.

Tan inexacto es que el Código Civil preste el mas leve apoyo á la tésis del Asesor respecto á la reforma que supone introducida por éste, en cuanto al derecho de ordenar el depósito de la mujer, durante el juicio de divorcio entre católicos ó casados con autorización de la Iglesia católica, que por el contrario, bastaría el estudio comparativo de los artículos 203 y 205, para persuadirse de la falsedad de la indicada tésis.

—

Efectivamente sería imposible dejar de reparar que mientras en el precitado artículo 205, hablándose del juicio de divorcio entre disidentes, se confiere en términos espresos al Juez civil que debe conocer en la causa, el derecho de ordenar el depósito de la mujer, en el 203 relativo al mismo juicio de divorcio entre personas casadas con autorización de la Iglesia, no le confiere á dicho Juez igual derecho; porque esa atribución correspondería entonces á la Curia.

No ha sido esto un mero descuido; pues que determinándose en el art. 203 de que hablamos, los efectos del juicio de divorcio; y declarándose que inmediatamente de admitida la demanda por la Curia, podrán solicitarse alimentos y *litis expensas* del Juez civil, no se dice que le corresponda también el derecho de ordenar el depósito de la mujer: lo cual debería haber declarado aquí, como lo hace en el 205 respecto al divorcio entre disidentes, estableciendo que puesta la demanda, y aún antes, en casos de urgencia, se podría solicitar de dicho Juez la expresada medida.



El Asesor menciona el artículo 202 en que se declara que corresponde exclusivamente á los Jueces civiles, conocer de todos los efectos civiles, del divorcio; pero son muy diversos y no deben confundirse en manera alguna, los efectos civiles del divorcio con los efectos del juicio de divorcio, uno de los cuales suele ser el depósito de la mujer; y que sin embargo no se menciona entre las medidas, que por consecuencia solo de la demanda, pueden ya solicitarse ante el Juez civil, como se expresa, respecto de los alimentos y *litis expensas*.

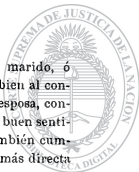
Alega también el Asesor, lo dispuesto en el artículo 229; en el que se determina que en el juicio de nulidad del matrimonio ya sea que éste verse entre católicos ó disidentes, corresponde al Juez civil, decretar las medidas provisorias que convengan respecto á las personas y bienes de los esposos.

A esta disposición se le dá una inteligencia y un alcance que no tiene, como resulta de la explicación del Dr. Llerena sobre el artículo en que se encuentra; pues según éste, los *efectos civiles* de que se trata en él, se refieren á la restitución de la dote y condición en que quedan los esposos é hijos; consistiendo las *medidas provisorias* que se mencionan en la separación de bienes de la mujer, alimentos y *litis expensas*; sin comprenderse el depósito de aquélla. (Concordancias y Comentarios del Código Civil argentino, t. 1º, pag. 174).

—

Por último, lo equivocado de la resolución que nos ocupa, proviene también de no haberse reflexionado lo bastante, sobre la naturaleza de la medida á que ella se refiere, á saber, el depósito de la mujer, como incidente de un juicio de divorcio que se inicia; la cual medida muchas veces será urgentísima; y su ejecución no admitirá demoras de ninguna clase.

En efecto, ya sea la misma mujer quien la pida, recelan-



do tal vez asechanzas á su vida por parte del marido, ó cuando menos injurias y malos tratamientos; ó bien al contrario, sea éste quien solicite el depósito de su esposa, considerando en peligro su honor, como lo dicta el buen sentido, habrá de proveerse urgentemente; y deberá también cumplirse lo resuelto sin dilación alguna, por la vía más directa y espeditiva.

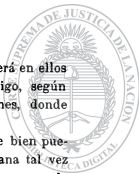
¿Cual sería entre tanto, el resultado práctico de la tramitación á seguirse en casos tales, según lo resuelto por el Jefe de Policía? Sobre la solicitud del depósito debería recaer primero la resolución de la Curia Eclesiástica. En seguida debiendo ésta pedir el auxilio del brazo secular, tendría que dirigirse á los Tribunales civiles. No pudiendo ellos proceder sin conocimiento de causa, habrían de dictar otra resolución sobre si correspondía ó no prestarlo. Solo después de practicadas todas estas diligencias, se ordenaría en fin á la Policía que ejecutara la medida ordenada.

Ahora bien, ¿qué tiempo exigiría aquella tramitación; y cuantas cosas habrían ocurrido hasta que terminase? No cabe duda de ninguna clase, de que la indicada medida del depósito de la mujer, con mucha frecuencia resultaría ilusoria é ineficaz por tardía, para precaver los males que se recelaban, y que habrían motivado la solicitud.

El caso puede ser tan premioso, como el de la fuga de la mujer del hogar del marido, ó de un hijo de familia del domicilio paterno, con los cuales se equipararía fundadamente y en los que el Código autoriza en términos expresos, al marido ó al padre para reclamar medidas policiales, sin necesidad de ocurrir á los Tribunales provocando su intervención.

—

Bien ha comprendido el Jefe de Policía la analogía manifiesta y resaltante que existe entre estos casos y el de depósito de la mujer; pero en el auto que examinamos, tam-



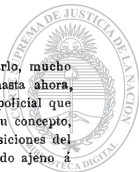
bién declara en consecuencia, que tampoco procederá en ellos sin orden de los Tribunales civiles; pues el Código, según el comentario libre que hace de sus disposiciones, donde dijo medidas *policiales*, quiso decir *judiciales*.

Es otro error lamentable, Exma. Cámara, y que bien puede producir las más funestas consecuencias: mañana tal vez un padre sabiendo que un hijo menor que se ha escapado de su poder, debe batirse en desafío, pedirá á la Policía que lo aprenda en el acto y se lo entregue: estaría ciertamente en su perfecto derecho; pero el Jefe según lo declara, lo remitirá á peticionar por escrito á los Tribunales; y el duelo se realizará entre tanto.

Otro día denunciará un marido á la Policía, el abandono de su hogar de parte de su mujer y sus recelos de fuga con alguna persona de quien sospeche, pidiendo que en el acto la tome y la devuelva á su domicilio: el derecho sería igualmente incuestionable; pero el Jefe, en conformidad á la resolución que acaba de dictar, remitiría también al marido á litigar en los Tribunales, y la esposa en el interín emprendería quizá la fuga.

No son estos vanos temores y simples aprensiones, Exma. Cámara: los anales de los Juzgados del crimen registran la causa de Elías Segretín, el cual denunció á la Policía la fuga de su esposa Maria Luisa Dondelinger, solicitando su inmediata captura; pero no la obtuvo, pues aquella lo remitió á quejarse á la Curia, y se limitó á vigilar á la mujer uno ó dos dias.

Resultó de aquí que habiéndola encontrado Segretín poco después, por noticias que tuvo, en un conventillo, en compañía de Juan Brentini, se precipitó sobre ellos y los apuñaleó á los dos: suceso atroz, Exma. Cámara, que indudablemente se habría evitado, si la Policía en cumplimiento de su deber, y respetando el derecho que acuerda al marido el art 187 del Código Civil, hubiese capturado á la mujer sin pérdida de tiempo, como aquél se lo pidió. (Colección de Vis-tas Fiscales, t. 2ª, núm. 33, pág. 92).



Sucesos tales vendrán á ser, no hay que dudarlo, mucho más frecuentes y comunes que lo han sido hasta ahora, desde que se ponga en práctica la resolución policial que viene examinando el exposante; la cual en su concepto, desnaturaliza y pervierte las más sabias disposiciones del Código Civil, con atribuirles un sentido del todo ajeno á la mente del Legislador.

No es exacto de modo alguno, siendo fácil demostrarlo, que en el lenguaje que aquél emplea en el art. 187, *medidas policiales*, signifiquen ó equivalgan á *medidas judiciales*: tanto este artículo como el 276, han sido tomados evidentemente del proyecto de Freitas, artículos 1300 y 1518, que según puede verse, hablan de medidas de Policía y no de trámites, ni de resoluciones judiciales.

---

En resumen Exma. Cámara, el Fiscal encuentra que es procedente y fundada la queja elevada por el Discreto Provisor contra el procedimiento de la Policía, que desconociendo en la Curia Eclesiástica, la facultad que le corresponde, para proveer el depósito de la mujer en los juicios de divorcio de que esta conoce, se ha negado á ejecutar el que se le pedía, mientras no sea también ordenado por los Tribunales civiles.

V. E. debe resolver, pues, en justicia, no solo que el indicado derecho corresponde á la Curia Eclesiástica, sino también, que no importando arresto ó prisión el depósito de la mujer en los casos expresados, como equivocadamente se ha entendido, bien pudo aquélla para la ejecución de la medida en cuestión, dirigirse directamente á la Policía sin necesidad de hacerlo por medio de los Jueces civiles.

# VISTA CIV

**Impuesto sobre las herencias transversales y legados piosos**

## SUMARIO

La constitucionalidad de este impuesto ha sido discutida otras veces, y el Fiscal tiene ya manifestada su opinión.—Sin embargo, aquél había sido considerado como establecido por una ley provincial, en cuyo caso su inadmisibilidad era patente.—Hoy se trata de una ley nacional; pero como el Congreso cuando provee á gastos municipales de la Capital procede en calidad de Legislatura local, no parece que el caso cambie de especie.—Aunque así no fuese, subsistirían siempre las razones, porque antes de ahora fué desechado.—Estando obligada la Nación á costear el Culto, tratándose de legados piosos, mal podría gravar bienes destinados al sostenimiento de aquél.—La Cámara Civil al rechazar dicho impuesto, se fundaba en que no recayendo sobre la renta, y afectando también el capital, no podía considerarse, sino como un brusco ataque á la propiedad.—Esta consideración es igualmente aplicable al expresado impuesto, ya sea que se suponga establecido por ley nacional ó provincial, desde que exista en las mismas condiciones.—La Suprema Corte se fundaba en que aquel impuesto venía á alterar el sistema de sucesiones; cosa que no podían hacer las provincias.—También esta razón subsiste, pues aunque el Congreso bien podría alterar el sistema de sucesiones, no le sería con todo, permitido hacerlo solo en la Capital.—Siendo un precepto constitucional la unidad de Legislación en toda la República, al Congreso no le sería lícito quebrantarlo de la manera indicada.—No consta que la resolución de que se apela, se funde en una sentencia ejecutoriada, ni eso podría admitirse por las razones que se indican.—En el caso de que se trata, hay la especialidad de que el impuesto en cuestión, destinado á gastos municipales de la Capital, vendría á recaer sobre fincas situadas en la provincia de Catamarca; lo que de ningún modo sería arreglado, ni admisible.





*Exma. Cámara:* — En las Vistas VIII y IX, tomo I de la Colección, el Fiscal ha estudiado con detención, el impuesto de herencias transversales, especialmente cuando se aplican á los legados piadosos, que tienen por objeto el sostenimiento del Culto, examinando la materia bajo la faz de la constitucionalidad de las disposiciones, que establecieron la expresada contribución, que es el mismo punto que nuevamente se debate en esta Cámara; y tiene de consiguiente manifestada su manera de pensar, con los fundamentos que motivan su opinión.

En las enunciadas Vistas, consideraba el impuesto en cuestión, como establecido por una ley provincial; y en ese supuesto, encontraba fácil la demostración de su inconstitucionalidad, por exceder de un modo manifiesto, las atribuciones correspondientes á cualquiera de los Estados que forman la Nación, según se determinan y deslindan en la Constitución federal.

Hoy, en defensa del mencionado impuesto de herencias transversales y sobre legados piadosos, se invoca sin embargo, la ley del H. Congreso que lo conserva en la Capital, aunque con alguna modificación, destinándolo siempre á costear en ella la instrucción primaria; pero como el Congreso al proveer sobre gastos de esta especie y otros de carácter municipal para la Capital, procede sin duda en calidad de Legislatura local, no parece que el caso pudiera cambiar de especie, por la circunstancia de que se hace mérito.

Mas, aunque así no fuera, subsistirían en verdad las razones que fundaban la resolución de la Suprema Corte, la posterior de V. E. y la opinión del Fiscal contra la constitucionalidad y subsistencia de la contribución que nos ocupa, según puede demostrarse fácilmente con solo recordarlas, como se propone verificarlo el exponente.

Siendo el Gobierno Federal obligado por la Constitución á costear el Culto Católico, debe admitirse como consecuencia, que las donaciones, legados ó rentas destinados á su



sostenimiento, no pueden ser materia imponible ni para las provincias, ni para la nación; pues á considerar ésta dichos bienes de otro modo, observaría en ello una conducta inconsecuente, y adoptaría un proceder contradictorio.

Efectivamente, dicta el buen sentido, y lo persuade también la razón, que el Gobierno Federal, reconociéndose por una parte, obligado á costear los gastos del Culto y mermando ó cercenando por otra, con impuestos, los recursos destinados á su sostenimiento, retiraría con una mano lo que diera con la otra: el que quiera beneficiar á una persona dándole, decía el exponente en una de sus citadas Vistas, empiece por no quitarle lo que le pertenezca.

V. E. en la ilustrada resolución aludida, notable por más de un concepto, manifestó positivamente que, siendo inviolable por la Constitución la propiedad; y debiendo toda contribución para no herirla, ser calculada sobre la renta, sin comprometer también el capital, el impuesto que nos ocupa, no se hallaba establecido de esa manera, sino que absorbía el capital mismo; y por tanto no podía considerarlo de otro modo que como un brusco ataque á la propiedad, al cual no debía en manera alguna prestarle su autoridad moral.

En fin, la Suprema Corte en su elevado criterio, declaró la inconstitucionalidad del impuesto de herencias transversales, bajo el fundamento incontestable, porque ni siquiera puede ponerse en duda, de que él venía á alterar el sistema de sucesiones establecido en el Código Civil; lo que ciertamente no entraba en las facultades reservadas á las provincias, á quienes por el contrario, se prohíbe en términos expresos, modificar ó reformar los códigos generales, después que el Congreso los hubiese sancionado.

Esta consideración fundamental de la mencionada resolución de la Suprema Corte que declaraba inconstitucional el expresado impuesto, á saber, la de que alteraba el sistema de sucesiones establecido en el Código Civil, subsiste íntegra, y debe influir con todo su peso en la decisión del





caso de que se origina la presente cuestión, por ser igualmente aplicable en él, que en el pleito en que se adujo aquella observación.

En efecto, si bien no podría decirse del H. Congreso Nacional, como se afirmaba en términos absolutos, de una legislatura provincial, que no siéndole permitido modificar el Código Civil, tampoco se le debía reconocer facultad para alterar el sistema de sucesiones consignado en él, pues aquél no carecería ciertamente de esta atribución, debe sin embargo establecerse: que al Congreso mismo no le sería dado modificar los códigos, sino de un modo general; y de ninguna suerte para ciertos puntos de la República solamente, como por ejemplo, para la Capital, conservándolos en los demás sin reformarlos.

Esta doctrina es evidente de por sí; y no necesitaba de consiguiente demostrarse: siendo manifiesta la mente de la Constitución de que en todo el territorio de la República rijan los mismos códigos y domine la misma jurisprudencia; pues que para conseguir ese objeto y arribar á ese resultado que consideraba importantísimo, fué precisamente que, desviándose de lo que parecía indicar el sistema federal que adoptaba, reservó al Congreso Nacional la sanción de dichos códigos; prohibiendo además á las provincias alterarlos, una vez que aquél los hubiese sancionado.

Síguese pues, de aquí, que si bien es el H. Congreso Nacional el que sanciona los códigos, éstos han de ser los mismos en cualquier punto del territorio de la República, y que de ningún modo le sería permitido cambiarlos ni reformarlos, con relación solamente á algunas provincias, á ciertos territorios ó á la Capital Federal.

En el caso que examinamos, se alegan dos consideraciones especiales de que debemos hacernos cargo, en cuanto puedan relacionarse con la resolución que se haya de dictar. Por una parte se pretende que la providencia apelada, en que se manda hacer efectivo el impuesto reclamado, se funda en una sentencia, de que no habiéndose interpuesto



recurso alguno, se encuentra ejecutoriada; pero esta circunstancia que no consta absolutamente de autos, tampoco podría quizás influir eficazmente.

Habiéndose combatido el impuesto de que se trata bajo la faz de ser repugnante á la Constitución del Estado, es decir, bajo consideraciones de orden público exclusivamente, si tal se estimase en efecto, dicho impuesto, la resolución que lo hubiese aprobado adolecería de nulidad absoluta, la cual, conforme á los principios del Código Civil, es insana-ble, y en todo tiempo debe ser declarada de oficio por los jueces.

Por otra parte, en sentido contrario, se expone también, que los bienes de la sucesión del finado canónigo Molina, á que se pretende aplicar aquí el impuesto de herencia trans-versal, destinado á costear la instrucción primaria en esta ciudad, consisten en fincas situadas fuera del territorio fede-ralizado, en la provincia de Catamarca, que de ninguna suer-te deberían sufragar para los gastos de este Municipio; pues en todo caso, pagarían la contribución al Gobierno local, dentro de cuyos términos jurisdiccionales se hallan situadas dichas fincas.

El Fiscal cree muy digna de tenerse en cuenta esta con-sideración; porque de otra suerte, en el sistema de sucesión única, establecido por el Código Civil, serían fáciles los abusos y frecuentes los vejámenes que se originarían, de que cada provincia pretendiera hacer refluir sus contribu-ciones sobre bienes que no le pertenecieran, ni tuviera facultad de gravar.

Así, pues, aún los que encuentran arreglado y constitu-cional el impuesto de herencias transversales, parece que interpretando en equidad las leyes que lo establecen, solo podrían admitirlo, limitado razonablemente á los bienes situados en el lugar en que se abre la sucesión; y de nin-guna manera, haciéndose extensivo aún á los que existen permanentemente fuera del distrito jurisdiccional.

El Fiscal por su parte, ni aún con esta limitación lo consi-

deraría aceptable ; antes bien, consecuente con las ideas que otras veces ha manifestado á V. E., cree deber condenarlo una vez más; y en esa virtud, concluye solicitando la revocación de la providencia apelada.

Buenos Aires, Marzo 11 de 1889.

Esta Vista va fuera de su lugar, por haberse producido después de impreso lo que antecede.

---



## PARTE II

---

## CÁMARA DE LO CRIMINAL Y MERCANTIL

---





PARTE SEGUNDA

CÁMARA DE LO CRIMINAL Y MERCANTIL

---

SECCION I

Cuestiones de fondo

---

VISTA CV

TENTATIVA DE HOMICIDIO

SUMARIO

Relación del hecho que motiva la causa y resolución que en ella ha recaído.—La pena impuesta es demasiado leve, aún con relación á uno solo de los dos delitos que aquél comprende.—La tentativa de homicidio solo se distingue del delito de lesiones por la intención del reo.—Circunstancias de las cuales se deduce la intención de matar.—A juzgarse por ellas el hecho de que se trata importa tentativa de homicidio, comprendiendo también el de lesiones producidas culpablemente.—El Juez del Crímen castigando solo el delito de lesiones, admite en el reo la circunstancia atenuante de haber sido provocado.—Esta circunstancia no resulta justificada legalmente, pues solo se apoya en la declaración de un testigo, el cual ha declarado varias veces de un modo contradictorio.—La sentencia reclamada establece que en tal caso debe estarse á lo más favorable para el reo.—Esta doctrina es inexacta, porque la ley resuelve que debe estarse á la primera declaración.—La que toma por base el Juez del Crímen, cuando menos sería nula por la forma en que se ha recibido por el actuario y sin juramento.—Sería también de ningún valor, porque el testigo necesariamente resulta falsario.—En fin, porque



siendo la declaración un instrumento público, la ley no permite al testigo que la ha firmado contradecir su contenido, á menos que alegue haber sido inducido por dolo ó violencia.—En conclusión, la clasificación y penalidad del delito resultan equivocadas, mereciendo éste, cuando menos, tres años de penitenciaría.

*Exma. Cámara:* — El Fiscal en la causa seguida contra Pedro Luis Britos, por tentativa de homicidio en la persona de Manuel Fleitas y lesiones inferidas á Francisco Brusi, contestando la expresión de agravios hecha por el defensor, de la sentencia que condena al procesado á ocho meses de prisión; y manifestando por su parte los que se infieren á la causa pública por dicha resolución, expone: que ésta no solamente no es gravosa al reo, sino que también es excesivamente indulgente, al extremo que deja poco menos que impune, un hecho que importa un gravísimo atentado á la seguridad personal, y que legalmente hablando, no puede ser clasificado de otro modo, que como tentativa de homicidio.

El 6 de Noviembre del año pasado, después de haber precedido una reyerta entre el procesado y Manuel Fleitas, que vivían juntos, en la cual éste le pegó con una varita y aquél se defendió con una silla, paseando un poco más tarde Fleitas con Francisco Brusi, el procesado le acometió de improviso revólver en mano, y le disparó tres tiros á bala, errándole, pero hiriendo gravemente con uno de ellos al mencionado Brusi, que por consecuencia de la herida ha permanecido enfermo más de un mes.

En este hecho, Exma. Cámara, no puede verse otra cosa que una tentativa de homicidio, como en concepto del Fiscal la han clasificado con razón, primero el Juez Correccional al desprenderse de la causa, y después el Agente Fiscal al entablar la acusación.

Sin embargo, muy pronto aparece escarcelado el reo sin conocimiento ni consulta de V. E. que era indispensable en el caso, y por último en la sentencia, por razones de ningún momento, se le castiga solamente con ocho meses de prisión,





siendo que aunque solo hubiera existido un delito de lesión, la pena que correspondía, habría sido, cuando menos, de un año; pero esta misma clasificación es equivocada y el hecho merece en verdad, otra mucho más grave.

V. E. sabe que el delito de lesiones no se distingue de la tentativa de homicidio, sino por la intención con que aquellas se hubiesen producido, porque si ésta fuese la de causar la muerte, legalmente existiría tentativa de homicidio aún cuando las lesiones resultasen leves.

Ahora bien: siendo difícil juzgar de la intención del que causa heridas, pues aquélla es un fenómeno interno, que se produce en el alma, el que solo se revela por los actos que lo exteriorizan, los criminalistas han cuidado de establecer reglas por las cuales pueda decidirse prudente y razonablemente.

Según ellas, para resolverse sobre esto debe averiguarse si han existido precedentes de enemistad, y debe atenderse tanto á la calidad del arma más ó menos mortífera, como á la repetición de los actos.

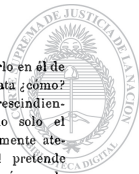
Aplicada, pues, esta doctrina al caso presente, encontraríamos que el procesado se hallaba ofendido y exaltado contra Fleitas, á causa de la reyerta que una hora antes habían tenido.

Que en este corto espacio de tiempo se procuró un revólver cargado, de varios tiros. Que inmediatamente de ver á Fleitas, lo atacó, disparándole sucesivamente tres tiros, sin que se le importase nada por el peligro de herir al compañero, como le hirió realmente.

Es decir, Fxma. Cámara, tenemos reunidas en el caso, todas las circunstancias que caracterizan la tentativa de homicidio, cuando no lo sea de asesinato, con más, la circunstancia agravante de haberse expuesto también á herir á Brusi, y heridolo realmente, Britos.

Sin embargo, ¡cosa rara y difícil de concebirse! Esta misma circunstancia no solo agravante, sino que de por sí constituye otro delito accesorio, es precisamente la que viene á





disculpar al reo en el hecho principal, y á eximirlo en él de toda responsabilidad, en la sentencia de que se trata ¿cómo? Haciendo simplemente uno, de los dos delitos; prescindiendo absolutamente del mas grave; y castigando solo el más leve, al cual se le acuerda todavía gratuitamente atenuación por haber sido provocado, todo lo cual pretende fundarse en una resolución de V. E. que de ningún modo ha podido establecer doctrinas tan extraviadas.

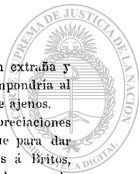
El Fiscal, Exma. Cámara, ha tenido ocasión de tratar y ha tratado efectivamente el punto en casos análogos, especialmente en la causa seguida á Esteban Gaviglio por lesión á Florinda Morando, (Colección de Vistas, núm. XL, tomo II, pág. 186), y en ella ha demostrado con la doctrina del distinguido profesor Hauss, que en el caso supuesto habría un verdadero delito de tentativa de homicidio y un cuasi delito ó hecho culpable solamente por lo que respecta á la lesión.

De aquí se sigue, Exma. Cámara, que el hecho materia de la causa ha sido clasificado equivocadamente, y que en realidad no podría ser castigado con menor pena que la de tres años de penitenciaría: de ninguna suerte con ocho meses de prisión, que no guarda proporción alguna con el atentado que se trata de penar.

Para demostrar más y más el error cometido en la sentencia de 1ª Instancia, supongamos que tanto Brusi como Fleitas se hubiesen querellado á la vez acusando cada uno el atentado de que fué víctima. Si como supone el Juez del Crimen, á no mediar la circunstancia atenuante que supone existir en la lesión inferida á Brusi, ésta debiera castigarse con un año de prisión ¿qué pena habría decretado en la querella de Fleitas por el atentado de que fué víctima? ¿ninguna? ! Se trata, pues, de un acto lícito y honesto !

El Fiscal pregunta también, si en la querella de Brusi, podría considerarse circunstancia atenuante para el procesado Britos, el que Fleitas lo hubiese provocado.

Si se resuelve por la afirmativa, se habría introducido



en la jurisprudencia criminal una doctrina bien extraña y bien poco razonable, en virtud de la cual se impondría al agraviado responsabilidad por hechos totalmente ajenos.

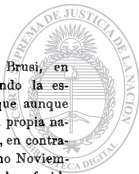
Pero no para en esto la equivocación de las apreciaciones contenidas en la sentencia reclamada; pues que para dar por probada la supuesta provocación de Fleitas á Britos, como lo hace, con referencia á la declaración de un solo testigo, que ella misma clasifica de contradictoria, establece doctrinas inadmisibles y que no pueden sostenerse.

En efecto, el Juez del Crimen establece que cuando un testigo declara dos veces en contradicción consigo mismo, debe estarse á la declaración más favorable para el reo; lo cual es falso, porque en todo caso debe estarse á la primera declaración, no siéndole permitido en manera alguna al testigo, el variarla despues de un intervalo en el cual pueda haber conversado con el interesado.

Después de establecer la Ley 30 Tít XVI, part. 3ª, que el testigo puede ser examinado de nuevo sobre las preguntas que debían habérsele hecho y que se omitieron por olvido, continúa así: «más si el testigo, despues que oviesse acabado su testimonio ó se retirasse delante del Juzgador, fablase con alguna de las partes é de sí se tornasse é dijese que havia en su dicho alguna cosa de mejorar ó de men-guar; non ge lo deve el Juzgador caver en ninguna manera».

Gregorio Lopez, esplicando la doctrina de esta ley que prohíbe al testigo rectificar ó variar su declaración, después que hubiese hablado con la parte interesada, previene en la glosa segunda, no ser necesario el que esta circunstancia se acredite, pues es suficiente el que por el tiempo transcurrido hubiese podido verificarlo: *si tantum tempus preteruit quod verosimile sit, quod potuit cum ea vel eis loqui*, opinión á que se adhieren Tapia Febrero reformado, Tomo VIII. pag. 169 N° 32, edición de Madrid de 1846 y Escriche Dicc. de Legisl. y Jurisp. palabra "testigo."

Bien, pues, Exma. Cámara. en el caso presente la declaración que prefiere el Juez del Crimen si tal nombre me-



rece, es precisamente la última prestada por Brusi, en cuatro de diciembre del año pasado, ratificando la exposición contenida en un documento privado que aunque datado en 17 de Noviembre, en realidad, por su propia naturaleza no tiene fecha cierta, (C. Civil art. 1034), en contraposición á la que tenía prestada en 20 del mismo Noviembre judicialmente, sin hacer mención alguna de la referida exposición.

Hay más, Exma, Cámara, si bien se reflexiona, la declaración de un testigo contraria á la primera, jamás puede tener valor alguno porque ese testigo precisamente es perjurador y falsario, ó bien en la primera ó en la segunda vez que declaró, Ley 8ª Tít. XVI, Part. 3ª. Escriche verbo *Deposición*.

Hay más, y es que la indicada exposición, favorable al reo, aunque ratificada por ante el actuario en el expediente de ex-carcelación á f. 6 vta., de ningún modo puede valer como declaración de un testigo, ya porque no fué juramentada, siendo el juramento una formalidad esencial de su validez, como porque, en causa criminal por homicidio, su recepción no pudo cometerse al actuario, debiendo en tales casos el Juez del Crimen, recibir personalmente las declaraciones. (Ley 23, Tít. XVI, Part. 3ª).

Por último declarándose en el art. 979 inc. 4º del Código Civil, instrumentos públicos todos los actos judiciales, el artículo 992 prohíbe á los testigos que han suscripto un instrumento público contradecir su contenido; y quita todo valor á su declaración en ese sentido, por cuanto en un caso semejante, no se sabría cuando dijo la verdad el testigo, si al firmar el documento ó al declarar después.

Las consideraciones que preceden, demuestran el ningún valor de la exposición de Brusi que toma por único fundamento la sentencia apelada, al reconocer á favor del reo la circunstancia atenuante de haber sido provocado, haciendo ver también que solo debe estarse á la declaración judicial en que dicho testigo afirmaba lo contrario.

Demuestran, así mismo, que la clasificación del hecho como delito de lesión y consiguientemente la penalidad establecida son equivocadas, porque en realidad se trata, cuando no sea de la tentativa de asesinato por las sospechas de premeditación, por lo menos de tentativa de homicidio simple, que debe ser castigada como tal, reformándose en este sentido la resolución de Primera Instancia.

Buenos Aires, Julio 25 de 1887.

---



## SUMARIO

Introducción.—Términos de la acusación deducida contra el procesado.—Cuerpo del delito, examen de la prueba y calificación legal del hecho.—Es dudoso que éste haya sido premeditado.—No por eso puede ser clasificado por delito de lesión, obstando la intención homicida y la alevosía.—Examen de los argumentos con que el Defensor pretende demostrar lo contrario.—Diferencia entre el delito de lesiones y la tentativa de homicidio.—En la calificación de estos delitos no puede prescindirse de la intención, porque es la que los caracteriza.—La intención homicida no se presume; pero se considera probada por la confesión del reo: doctrina de Hauss.—Requisitos de la confesión judicial.—Su diversa apreciación en las causas civiles y criminales.—No es válida la confesión que haga el reo sobre tentativa de un delito imposible en sí mismo ó por la ineficiencia de los medios.—Sin embargo esa doctrina no tiene aplicación en el caso presente.—En los procesos por brujería, la confesión no podía ser válida, en razón de ser arrancada por el miedo y de oponerse á las leyes naturales.—Los asesinatos de gobernantes no son ciertamente cuentos de brujas, sino sucesos contemporáneos.—El Defensor se acoge á los principios de la escuela positivista, suponiendo que la Cámara tiene ya establecidos antecedentes favorables.—Inexactitud de este aserto: se exponen las reglas seguidas por aquel Tribunal, y se comprueban con ejemplos.—Examen y explicación de los casos que menciona la defensa en sentido contrario.—Doctrinas que en ellos quedaron establecidas, inaplicables al hecho de que se trata, por la disparidad de casos.—Consecuencias inadmisibles que resultarían de prescindirse, al juzgar el delito, de la intención del reo.—Hay una escuela entre los criminalistas, que castiga el delito frustrado, con la misma pena que el consumado.—Doctrina de los señores Chaveau y Helie y su respuesta á los que la impugnan.—Es más equitativa, y ha prevalecido la de Rossi en sentido opuesto; pero





ninguna prescinde de la intención del reo.—La escuela realista desde el punto de partida, se divorcia de la opinión común y de las instituciones vigentes.—Examen de sus teorías y consecuencias que de ellas fluyen, subversivas de la moral y del derecho.—Lejos de significar progreso, importa una aberración: elocuente exposición de Pacheco.—No es exacto después de todo, que dicha escuela deje sin castigo la tentativa, ó la pene con más benignidad.—Delito de lesa magestad: en qué consistía y qué reglas lo regían.—Ha sido suprimido efectivamente; pero no es exacto que la sentencia apelada lo reviva.—Neurósis epiléptica: conclusiones á que arriba el informe de los médicos nombrados para reconocer á Monjes.—Datos curiosos que contiene y opinión de dichos facultativos sobre el modo en que debe explicarse el atentado de que se trata.—Penalidad correspondiente en el caso *sub judice*, y dificultades que ofrece el determinarla.—Sin embargo, existe ya el precedente que resulta del caso que se menciona.

*Erma. Cámara:* — V. E. va á ocuparse de un asunto tan grave y trascendental, como es espectable y ruidosa la causa á que ha dado lugar; porque refiriéndose á un atentado contra el Presidente, General Róca, y teniendo éste por objeto producir con su desaparición un cambio político, era natural que conmoviese la opinión, excitase la prensa, y provocase, en fin, el juicio apasionado de los diversos bandos militantes, que al apreciar un suceso de esa clase, lo harían precisamente, bajo muy diverso criterio.

Estando conformes felizmente todos acerca de la inmoralidad que el hecho entraña, los unos habrán visto además amenazada su posición y comprometidos sus intereses; mientras que los otros hallarán que el cambio proyectado, habría podido devolverles el poder, ó al menos ponerlos en aptitud para alcanzarlo, de emplear los medios de que hoy se consideran destituidos, suponiendo no serles posible ejercerlos de manera alguna, en el terreno de la legalidad.

Presumiéndose, pues, á los hombres de la situación y dueños del poder, fuertemente interesados en el castigo ejemplar del delito, materia del proceso; y manifestándose el recelo de que su influencia pueda pesar en los Tribunales, se ha procurado sacar partido del temor que los jueces lleguen á concebir con esto, de aparecer dóciles y condescendientes, á fin de que, por huir de ese peligro, se incli-



nen más bien al lado de la indulgencia y de una excesiva benignidad.

El Fiscal observa por su parte, que la justicia imparcial y recta puede tropezar con dos obstáculos igualmente peligrosos; el deseo de complacer á los que mandan, y el temor de parecer serviles, que influiría en el sentido opuesto; el excesivo rigor ó la desmedida suavidad de la pena, la cual degeneraría en impunidad. El castigo ha de ser proporcionado en éste y en todos los casos, á la gravedad del delito; y tal, que sea capaz de retraer á los que pudieran pretender imitar la conducta del reo.

Después de esta ligera observación, con que el exponente ha creído deber contestar las repetidas insinuaciones que se han hecho, de que si la presente causa ha tomado, como no podía dejar de suceder, las proporciones á que alcanza; y si el delito ha sido penado en la sentencia apelada, según se determina, consiste solamente en la calidad de la persona que fué su víctima; porque en otro caso habría sido castigado de muy diversa manera, quizá correccionalmente; lo cual á ser exacto, manifestaría: que en los Tribunales es ilusoria la igualdad ante la ley, pues que aquellos no se atreven á hacerla práctica, pasa el Fiscal á ocuparse directamente del asunto.

## I

Ignacio Monjes es acusado de tentativa próxima de homicidio con alevosía y premeditación el 10 de Mayo del año pasado, en la persona del entonces Presidente, General D. Julio A. Roca, cuando éste saliendo de la Casa de Gobierno, se dirigía á la del Congreso con el objeto de inaugurar sus sesiones: pues en esas circunstancias, adelantándose el procesado de entre la gente que se hallaba agrupada, yendo sobre aquél, armado de una gran piedra ó pedazo de adoquin,



le asestó un ríco golpe en la frente, con el cual le hirió de gravedad y bañó en sangre.

El cuerpo del delito consta legalmente por el informe facultativo corriente de fs. 151 á 53 el cual se halla suscripto por los Dres, Blancas, Wilde, Costa y Crespo, que reconocieron la herida, pareciendo ésta producida en efecto, por un instrumento contundente: causó abundante hemorragia, era grave, propensa á complicaciones; y se hallaba situada al lado izquierdo de la frente.

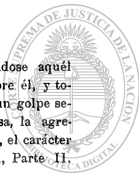
Según ese informe, el golpe de que resultó la herida, habiendo sido dado con un cuerpo muy duro y pesado como la piedra ó ladrillo infusible que se les presentó, de 675 gramos, impulsada por gran fuerza, ha debido ser muy ríco; pero sus efectos fueron en parte impedidos y neutralizados por los fieltros del sombrero elástico que defendió el órgano atacado: el paciente en ese momento, sufrió un ligero vértigo y esperimentó una especie de vibración en el interior de la cabeza.

Sin la indicada circunstancia y atendidos los trastornos que se habrían producido quizá, á no haber mediado aquella favorablemente, opinan dichos facultativos que el golpe pudo producir inmediatamente la muerte; deduciendo además del examen detallado del hecho, *que el agresor ha puesto los medios conducentes al propósito de dar la muerte á su víctima.*

El procesado aun prescindiendo de la notoriedad del suceso, se encuentra convicto y confeso de ser autor del hecho que se le imputa, y que motiva esta causa; habiendo manifestado además, que obró concientemente y no fuera de su razón; reconociendo también repetidas veces, que su propósito fué el de matar al General Roca, y espresando su sentimiento por haberlo dejado con vida.

Por la manera en que Monjes trató de realizar su pensamiento, colocándose por donde debía pasar el presidente; permaneciendo confundido entre los grupos que allí había; y ocultando su proyecto, bien fuese antiguo ó recien-





te, hasta el último momento en que hallándose aquél muy inmediato, se abalanzó repentinamente sobre él, y tomándolo de todo punto desprevenido, le asestó un golpe seguro, de manera que era imposible toda defensa, la agresión reviste ciertamente y sin la mas leve duda, el carácter de alevosa. (Tejedor, Proyecto del Código Penal, Parte II, Lib. y Tit. 1º párrafo 2º Art. 3º).

Monjes declaró asimismo en la Policía, ratificándolo más tarde en sus primeras declaraciones judiciales, que desde por la mañana del día en que tuvo lugar el suceso que nos ocupa, había concebido el mencionado proyecto; lo cual aunque no deja de sufrir graves objeciones, y de suscitar serias dificultades, tiene no obstante en su apoyo el dicho de varios testigos, que le oyeron manifestar: «que la patria estaba mal, y era necesario cambiar la situación», «que los adoquines estaban flojos, y con ellos se podía correr á las tropas de línea», «ríanse no más; ahora verán lo que va á pasar».

## II

Es cierto que los declarantes no son testigos hábiles, no no están contestes, ni se refieren á unos mismos hechos; pero la premeditación con que procediera Monjes, parece deducirse también, de su propias esplicaciones acerca del hecho; segun las cuales su propósito era provocar un cambio de Gobierno, que mejorase la suerte del país y su situación personal, la que no podía ser mas penosa: pues esa intención revela todo un plán; y siendo éste sumamente grave, hace suponer que lo habría reflexionado detenidamente, é induce por tanto á admitir premeditación. (Proy. de Código Penal, lug. cit. art. 2º).

Sin embargo, Exma. Cámara, hablando con la sinceridad que imponen al Fiscal los altos respetos debidos á V. E. y sobre todo los que se deben á la justicia, tiene que reconocer que el punto de la premeditación, con que Monjes haya

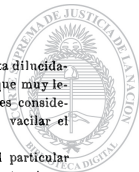
procedido en el hecho de que se trata, no resulta dilucidado con toda la claridad que sería de desear; y que muy lejos de esto, á su respecto surgen opuestas y graves consideraciones, que enjendran serias dudas y hacen vacilar el ánimo.

La mencionada confesión de Monjes sobre el particular de que hace mérito la resolución apelada de 1ª instancia, no ha sido persistente cual convenia para que pueda clasificarse por prueba plena; ni se presenta quizá como verosímil, cual lo requiere la jurisprudencia mas adelantada, para que pueda admitirse por los Tribunales en el concepto indicado, atribuyéndosele todos los efectos que en otro caso produciría en en juicio. Mittermaier. «De la prueba en materia criminal, página 216, número 4».

Si bien es verdad que en las dos primeras declaraciones prestadas por Monjes ante el Juez del Crimen, quizá sin reparar en la indicada circunstancia, ratificó en general las que tenía dadas en la Policía; en la primera de las cuales, hecha durante la excitación del ánimo, en los momentos posteriores al suceso, había manifestado haber concebido el proyecto, desde por la mañana de ese mismo dia, no ha sucedido igual cosa en las demas declaraciones, aunque éstas son muchas.

En ellas por el contrario, preguntado especialmente sobre la espresada circunstancia, ha rectificado siempre lo primero que declaró en la Policía, y ha dicho que la idea de quitar la vida al General Roca, le ocurrió recién, al verlo salir con su comitiva oficial del despacho de Gobierno; reflexionando que venía sin duda alguna, á perjurar una vez más, sobre el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

Muchos datos constantes del proceso hacen creible esta exposición. Primero: en opinión de los médicos Dres. Aravena y Fernández, el procesado siendo enfermo de epilepsia, debía hallarse tan irascible, que no presenta dificultad el admitir que al ver al General Roca, á quien en su conciencia imputaba todos los males que sufría el país y su propia si-





tuación penosísima y desesperante. su sistema nervioso se excitara de tal manera, que dejandose llevar de un impetu ciego, tratase de acabar con aquél.

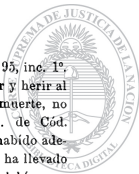
2º Preguntado despues el reo por el Juez del Crimen, por qué para matar al General Roca, se había servido de una piedra y no de otra arma más eficaz, como un puñal ó un revólver contestó : que por que esa resolución había sido cosa del momento; habiendo alzado el adoquin allí mismo, de la calle que corre entre la Aduana y la casa de Correos.

3º Al hacerse el inventario de los pocos bienes de Monjes, se encontró entre ellos un cuchillo de punta sin duda, pues segun lo manifiesta, lo destinaba á charquear carne; y bien pudiera ciertamente haberse servido de él, si el pensamiento de dar muerte al General Roca, le hubiese ocurrido al procesado, antes de salir ese día de su casa.

4º En fin, siendo notorio como lo observa, con exactitud el defensor, que el Presidente salía muchas veces solo ó sin mas compañía que su edecan, aún de noche, si el proyecto de matarlo, hubiese sido en Monjes un plan premeditado, parece razonable suponer que habría elegido mas bien para realizarlo, una de esas ocasiones; porque no solo habría sido entonces más seguro el éxito, sinó que también, en caso necesario le era más fácil huir para evadir el castigo.

### III

En todo caso, Exma. Cámara, las consideraciones espuestas, si se les reconociese fuerza suficiente á contrarrestar y superar, las que pudieran aducirse en sentido contrario, ó por lo ménos para producir la duda legal, que según lo aconseja la prudencia, y lo prescriben las reglas del procedimiento, tendría que ser resuelta en favor del reo (L. 17, tit. 22, Part. 3º) vendría solamente á eliminar una circunstancia agravante, con que aquél ha sido cargado; más no alcanzarían con todo, á desnaturalizar el delito ó cambiar



su clasificación. Código Penal, arts. 84, inc. 4º, y 95, inc. 1º.

Desde que el procesado confiesa que al agredir y herir al General Roca, lo hacía en el propósito de darle muerte, no existe solo el delito de lesiones (Tejedor, Proy. de Cód. Penal parte 2º libro I tit 2º art. 1º); sinó que ha habido además tentativa de homicidio; y puesto que esta se ha llevado tan adelante que ha llegado al último acto que debía consumir aquél; sin quedar ya nada más al reo que ejecutar por su parte, la indicada tentativa es próxima, equivalente al *delito frustrado*. Código Penal art. 3º.

Por último, habiéndose intentado consumir el homicidio fuera de riña, á golpe seguro, y tomando desprevenida la víctima, en términos de hacer absolutamente imposible toda defensa, circunstancias que constituyen la alevosía, el delito de que se trata, degenera en tentativa próxima de asesinato ú homicidio calificado, ya sea que se consulten las disposiciones del Código Penal, que regía cuando aquél tuvo lugar, ó bien las del que se halla vigente en la actualidad, que se estima en el caso por más favorable. (Código de Tejedor, artículo 207.—Ref. 95, inc. 1º).

Tal es también la conclusión á que arriba la sentencia apelada de 1ª Instancia; y como ella se deduce lógicamente de premisas verdaderas y exactas, que se ajustan de todo punto al mérito del proceso, cuanto á las prescripciones legales que rigen el caso, esa resolución es incontrastable, cual lo demuestran la inutilidad de los esfuerzos hechos por el Defensor para impugnarla, y la vanidad de los argumentos que aduce, completamente ineficientes.

Conviene, sin embargo, para mayor justificación, el que nos ocupemos detenidamente de ellos, á fin de analizar la exactitud ó inexactitud de los hechos de que parten, y la verdad ó la falsedad de las doctrinas en que se apoyan, demostrando así, que esos argumentos no alcanzan de modo alguno á comprobar las tesis que con ellas se sustentan, ni á justificar las pretensiones que en consecuencia se deducen.

IV

Creyendo haber patentizado el Defensor que el atentado de Monjes contra el General Roca, no fué premeditado; sino un acto primo de indignación ó un arrebato de cólera que estalló con su presencia; y que por el estado de excitación nerviosa é irascibilidad en que se hallaba el procesado, no le fué dado dominar ó reprimir, deduce inmediatamente, que ese hecho, atendido el resultado que tuvo, no puede considerarse ni ser castigado de otra manera, que como un delito de simples lesiones.

Esto es inaceptable : al discurrirse así, se procede ciertamente con suma ligereza, y se incurre en notables faltas de precisión. Como lo deja establecido el exponente, suprimida la premeditación en el hecho que nos ocupa, aunque se habría eliminado una circunstancia agravante, subsiste siempre la alevosía, calificando de asesinato el homicidio proyectado; y cuando ésta se descartase también, quedaría aún la intención de matar, que impediría en todo caso, clasificar el delito por simples lesiones.

« El que sin intención de dar muerte, decía el Dr. Tejedor, (lug. cit. art. 1º), pero con voluntad criminal, ataque violentamente la persona de otro. . . . será culpable de lesión corporal »; y explicando esta disposición agregaba en la nota: « lo que hace de la lesión corporal, dice el comentario oficial del Código de Baviera, un crimen distinto, (de la tentativa de homicidio) es la falta de intención homicida, y la voluntad de causar la lesión por la lesión misma, prescindiendo de cualquier otro designio culpable ».

Esta doctrina coincide absolutamente, con la opinión del profesor Hauss, el cual explicando la diferencia característica que existe entre el delito de simples lesiones y la tentativa de homicidio ó asesinato, la señala también exclusivamente, en la intención con que aparezca haber procedido





el reo; y si bien no debe presumirse la de causar la muerte, la tiene sin embargo por averiguada, cuando la confiese el procesado: oigámosle.

« Algunas veces, en efecto, la acción que constituye un delito consumado, puede ser también, el principio de ejecución de un crimen más grave. En este caso, el autor no puede ser acusado de tentativa, sinó cuando la resolución de cometer ese crimen se ha constatado. Si se han dado golpes ó inferido heridas voluntariamente, tendríamos un delito completo.»

« Mas estas mismas violencias pueden constituir además, una tentativa de muerte, si tienen realmente ese carácter, y las lesiones han sido causadas con la intención de producir la muerte. Es, pues, la intención la que imprime al hecho el caracter de tentativa: de lo cual se sigue que si el propósito de matar no resulta *de la confesión del acusado*, ó de las circunstancias, el representante de la justicia debe abandonar la acusación de tentativa y limitarse á inculpar al reo por golpes ó heridas voluntarias.» (Derecho Penal, tom. 1º, pág. 328, núm. 435).

## V

Por eso la defensa, negando la alevosía en el caso que nos incumbe examinar, desconoce también la influencia de la intención en la clasificación del delito, y sosteniendo que la gravedad de éste depende únicamente del resultado material, quisiera que se prescindiese de ambas cosas. En efecto, solamente así, se podría arribar en el delito *sub-judice* á clasificarlo y penarlo por meras lesiones.

Se pretende que no existe alevosía, cuando el que intenta matar, lo hace sin consultar su propia seguridad; y antes bien esponiéndose á un peligro grande é inminente, como lo verificaba Monjes, atacando al Presidente, mientras se hallaba rodeado de su comitiva oficial; al jefe del ejército, en



presencia de una parte del mismo; y en fin, al cabeza de un partido, teniendo inmediatos muchos de sus adeptos.

Semejante doctrina es errónea é inadmisible; pues la idea de la cobardía no entra esencialmente en el concepto de la alevosía; ni la excluye tampoco de un modo necesario, el arrojo ó la temeridad. Habrá quien quiera vender su vida por la ajena; pero si la arrebató á traición, á pesar del sacrificio que se resigne á hacer de la suya, será llamado con toda propiedad asesino.

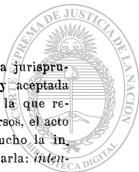
«La alevosía, decía el art. 209 del Código Tejedor, consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea ó riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente:» circunstancias que se reúnen todas manifestamente en el hecho de Monjes.

«Entiéndese que hay alevosía, dice el art. 84, inc. 2º del Código Ref. cuando se obra á traición ó sin peligro para el agresor» por donde se ve que si bien el evitar el peligro en el ataque constituye alevosía, esta circunstancia sin embargo, no es condición esencial de aquella; pudiendo existir in ella.

Pretende el Defensor que en la apreciación de los hechos criminosos, se prescinda completamente de la intención del reo, y se atienda solo al resultado material, porque la sociedad debe juzgar por lo que ve ó cae bajo los sentidos, valorando las acciones únicamente por el daño ó provecho que de ellas reporte; pues que siendo la intención un fenómeno psíquico el entrar á indagarla para deducir la moralidad, es entregarse á la mística.

Bajo este criterio, el atentado contra el General Roca, que si bien fué herido, curó en pocos días; y hoy se pasea por Europa, admirando los prodigios de la civilización, no puede ser castigado sinó por delito de lesiones, con alguna pena ligera: efectivamente, eliminadas la intención y la moralidad del acto, hablar en casos tales de tentativa, sería por cierto impropio.

Desgraciadamente para el Defensor, no es solo la mística



sinó también la mas alta filosofía, y con ella la jurisprudencia universal consignada en todos los Códigos y aceptada por todos los legisladores, sin escepción alguna, la que reconociendo en el delito dos elementos muy diversos, el acto externo y su moralidad, en la cual entra por mucho la intención del agente, prescribe desde luego axaminarla: *intentio constituit actum*.

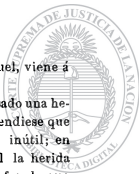
Sólo lo filosofía materialista puede enseñar lo contrario; y siguiendo su extraviada doctrina, seguramente que no alcanzariamos á distinguir el bien y el mal moral, á valorar los diversos grados de perversidad en el criminal, ni á discernir en fin, la diversa gravedad entre el hecho cumplido y la tentativa de un delito mayor: pero sus teorías no prevalecerán, sinó cuando hayan cambiado radicalmente las nociones admitidas, y subvertídose por su base los principios más fundamentales del derecho Penal.

Por lo pronto quien se atreve á sostenerlas, tiene que chocar y estrellarse contra ellos, desde la definición misma del delito, hasta las últimas y más remotas consecuencias; pues entendiéndose por aquel la *infracción voluntaria de la ley penal*, y no pudiendo clasificarse la infracción de voluntaria, sin darse cuenta de la intención, encontramos ya desde el primer paso, en pugna las nuevas teorías, con los principios consagrados en las leyes. (Código Tejedor, art 8º) Véase también en el Proy. la nota ilustrativa.

## VI

Alega la defensa que no debe tomarse en cuenta la declaración del reo sobre la intención con que procedió; porque siendo un acto posterior al suceso considerado como delito, no puede desnaturalizarlo, ni aumentar ó desminuir su gravedad. La observación es exactísima; mas nadie pretende que la confesión sea parte constitutiva del delito, si no que importa mucho como prueba del hecho y porque revelando





la intención, que es uno de los elementos de aquel, viene á influir así en su clasificación y penalidad.

Se observa que así como si el reo habiendo causado una herida mortal, para atenuar su responsabilidad, pretendiese que que solo se propuso producirla leve, esto sería inútil; en sentido contrario, no habiendo resultado mortal la herida que causó, tampoco debe perjudicarle el haber confesado que se proponía inferirla de esta clase.

No hay ciertamente paridad de casos, para que proceda el indicado argumento de analogía; el reo, que sin embargo de no haber causado sinó una herida más ó menos grave, confiesa no obstante, que su propósito era el de dar la muerte al agredido, merece ser creído; pues obrando contra sus intereses, sólo la verdad ha podido arrancarle aquella confesión; más no sucede así, y esta es sospechosa, cuando habiendo causado una herida mortal, pretende que no fué éste su propósito, sinó solo el de producir una lesión leve.

El Defensor al hacer el indicado argumento, no ha reflexionado seguramente de donde deriva su fuerza probatoria, la confesión, á saber, de que siendo instintivo en todos los seres procurar su felicidad, el hombre en su sano juicio consulta siempre sus intereses; y por lo mismo no reconocería un hecho perjudicial, sinó á más no poder, compelido y arrastrado por la fuerza de la verdad: de aquí el que para que haga prueba la confesión judicial, ha de ser contra el que la emite, no pudiendo nadie ser testigo en su favor.» «E que la faga, dice la ley 4, tít 13, Part. 3.<sup>a</sup>» contra sí, ca si él conociese cosa que fuese en su pró, non ternia daño á su contendor, si la non probase.»

“Primeramente por lo que respecta al testimonio del acusado, dice Bentham, una persona procesada por delito, no puede admitirse á dar prueba en su favor; mas su testimonio voluntario contra ella misma, ó en otros términos, su confesión, es la mejor prueba imaginable, estando libre de toda sospecha de motivos indebidos; y habiéndose dado por per-



sona que conoce la verdad mejor que ninguna otra.» «Pruebas judiciales, parte 2ª, cap 3º, pág. 178.»

Establece la defensa que la confesión judicial en causa criminal, á diferencia de lo que sucede en pleitos civiles, en que por lo regular solo se disputa un interés pecuniario, que las partes pueden renunciar, si quieren, sin que en ello se perjudique el público, no hace de por sí entera prueba; siendo de aquí el que en la materia rijan diversos principios; por que mientras en las cuestiones civiles se dice: que al que ha confesado, se le tiene ya por juzgado *confesus in jure, pro judicato habetur*, tratándose del castigo de los delitos, se resuelve al contrario: *nemo auditur perire volens*, no debe prestarse oídos al que quiera morir.

La enunciada doctrina es cierta é indudable; pero esta vez se la aduce sin oportunidad. Cuando se sienta que en las causas criminales, la confesión es prueba plena y la mejor de todas, se supone implícitamente, el que reúna todas las condiciones y requisitos que las leyes exigen para su validez, y que han establecido para quitar todo peligro de error ó de equivocación.

Ha de ser pues libre; sin apremio ni amenaza; emitida ante Juez competente por persona capaz de hacerla; ha de ser clara y categórica de manera que no admita diversos sentidos. Debe recaer en un proceso en que se encuentre comprobado, ó se compruebe despues el cuerpo del delito; en fin, es preciso que no sea absurda, opuesta á la naturaleza, ni inverosímil, pues ha de haber algún adminículo que la apoye.

El Juez del crimen en la sentencia apelada, trata con erudición y acierto este punto, pues establece la verdadera doctrina; y descendiendo despues al caso presente, examina la confesión del procesado, y demuestra que ella reúne todos los expresados requisitos legales: sin que de consiguiente, exista razón alguna, ya sea para poner en duda su validez, ya para rehusarle su fuerza probatoria. L. L. 2 y 6, Tit. 13 y

12, Tít 14 Part. 3ª. Vilanova. ob. 9ª cap. 7, n. 67. Curia Filípica, parte 3ª. § 13, n. 14.



## VII

Verdad es que los fastos judiciales de todos los países, aún los más civilizados en la actualidad, contatan gravísimos y dolorosos errores, á que dieron lugar confesiones falsas; pero esos errores, se habrían precavido seguramente, por la observancia cuidadosa en cada caso particular, de las reglas que se acaban de mencionar.

En los procesos por brugería que menciona el Defensor, es innegable que perecieron muchas mujeres infelices, des, pues de reconocer y confesar haber andado volando por los aires; pero tales confesiones según los principios enunciados, no merecían crédito alguno: ya porque eran arrancadas probablemente por el miedo de los tormentos, cuanto porque se oponían también á las leyes naturales.

Pero ¿qué relación pueden tener tales procesos, ni las confesiones emitidas en ellos, con la presente causa? Los asesinatos de monarcas y presidentes no son en verdad cuentos de brujas, sinó sucesos harto frecuentes por desgracia, y hechos contemporáneos dignos por cierto de deplorarse.

Lejos de curar los males que con ellos se pretende remediar, las más de las veces no hacen sino empeorar la situación, exaservando las pasiones: siendo además medios profundamente inmorales; opuestos á la ley divina y contrarios á la enseñanza de la Iglesia, que, en el Concilio de Constanza, sección 15, condenó solemnemente, la horrible doctrina del tiranicidio; pero á pesar de todo, esos hechos físicamente considerados son muy posibles, y además nada difíciles.

Con todo es inverosímil, replica el Defensor, que Monjes teniendo intención de matar al Presidente, según lo ha re-



conocido y confesado, dejase sin embargo en su casa el cuchillo que se le encontró, prefiriendo servirse de una piedra, y de consiguiente tal reconocimiento y confesión no pueden aceptarse razonablemente como una prueba acabada.

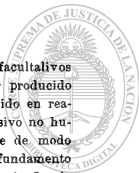
Si el hecho se hubiese de suponer premeditado, es verdad que habría cierta inverosimilitud; mas como la defensa sostiene que no lo ha sido, sinó que la idea de ejecutarlo fué cosa del momento, la observación deja de ser entonces procedente.

Si Monjes concibió recién el proyecto, cuando vió salir al General Roca de la casa de Gobierno, viniendo á la del Congreso, para llevar á cabo su pensamiento, sino quería perder aquella ocasión de realizarlo, es claro que no tenía tiempo de volver á su casa en busca del cuchillo, ni de procurarse otra arma que la piedra de que se sirvió.

También invoca la defensa la doctrina corriente entre los criminalistas, de que no tiene valor la confesión de la tentativa de un delito, imposible en sí mismo ó por la ineficacia de los medios empleados: como sucedería en quien habiendo apuñaleado á un cadáver que tomase por una persona viva, ó que habiendo suministrado una sustancia inocente creyendo propinar un veneno, se confesase después reo de tentativa de asesinato ó de envenenamiento. (Ortolan, Derecho Penal, tom. 1º, pág. 446, nº 1006; doctrina de que se pretende hacer aplicación al caso *sub-judice*).

Es resaltante sin embargo, la falta de analogía: si Monjes hubiese pegado al General Roca con una esponja, nn gran ovillo de hilo, un atado de ropa, una almohada ú otro objeto semejante, incapaz de producir una lesión grave, confesando en seguida que se propuso matarlo, por lo inadecuado ó inconducente del medio empleado, creeríamos más bien que había estado fuera de su juicio, que admitir en ese hecho, una tentativa seria de homicidio.

Mas habiéndose valido para dar el golpe, lo cual efectuó con mucha fuerza, según el informe médico, de una gran



piedra dura y pesada, que en la opinión de los facultativos que suscriben el indicado informe, podía haber producido inmediatamente la muerte; y la habría producido en realidad, si la interposición de otro cuerpo defensivo no hubiese amortiguado el golpe; no puede admitirse de modo alguno, porque no habría para ello bastante fundamento que el delito proyectado fuese imposible por la ineficacia del instrumento empleado para llevarlo á cabo.

No debe negar, ni niega el Fiscal, que para darse entero asenso á la confesión del reo, requieran los autores que ésta haya de considerarse sincera; pero conviene observar al respecto, que toda confesión emitida legalmente, después de comprobada la realidad del delito á que se refiere, y no resultando inverosímil, por obstar graves dificultades para admitirla como cierta, ó por no concordar con los demás antecedentes recojidos, se tiene desde luego por sincera y fehaciente. (Bonnier. «Tratado de la Prueba», tomo 1º, pág. 416, nº 365.

Con mayor motivo debe tenerse pues por tal la confesión de Monjes, al reconocer como lo ha hecho, llanamente y con repetición, su intención de dar muerte al General Roca, cuanto que el mismo Defensor hace notar con exactitud, que la exposición del procesado contradicha al principio sobre algunos puntos, ha resultado al fin cierta en todas sus partes: entonces lo será también, en la que se refiere á la intención que lo animaba. ¿Porqué había de ser sincero en todo, menos en esto?

## VIII

El Defensor, insistiendo en su extraña é inadmisibile pretensión de eliminar de los elementos constitutivos del delito, la intención con que haya obrado el reo, invoca en su favor la jurisprudencia existente, y sostiene que V. E. tiene establecidos precedentes positivistas ó realistas; puesto



que en varios casos de lesiones más ó menos graves; ha dejado sentado el principio de que la pena debe graduarse por el resultado producido.

No hay en esto más que una gran confusión en las ideas y la equivocada apreciación de ciertas resoluciones, que el exponente se encuentra en el deber de explicar, en defensa de las doctrinas profesadas por este Tribunal, que sea dicho en honor de la verdad, lejos de manifestar tendencia alguna materialista, ha defendido por el contrario, constantemente, con el más plausible celo y con saludable rijidez, las santas leyes de la moral.

En la apreciación de los delitos hay que distinguir, como lo ha hecho siempre V. E., siguiendo en ello los principios del Código que regía y la enseñanza de los mejores criminalistas, el dolo indeterminado, de la intención directa de cometer un crimen especial. En el primer caso no ha admitido con razón, la existencia de tentativa alguna; y ha castigado solamente, el resultado cualquiera que fuese, porque obrando de esa manera el reo, lo tenía aceptado de antemano.

En el segundo caso, por el contrario, tomando en cuenta con arreglo á las leyes vigentes la perversidad de la intención en el reo, aún cuando no hubiese conseguido realizarla completamente, además del resultado producido, ha admitido de un modo uniforme, en infinitas causas que se podrían citar, la existencia de otro delito, consistente en la tentativa más ó menos próxima. (Hauss. «Principios generales del Derecho Penal, núm. 312 y 433.»

Recórrase la extensa colección de fallos de V. E., y se encontrarán innumerables, en que ha castigado, no solo el hecho real producido, sino también el propósito empezado á poner por obra, de cometerse un delito mayor, aún cuando no llegara á consumarse.



## IX

¿Cuántas condenas se contienen en esos fallos, por tentativa de robo, de homicidio, de asesinato, de incendio, y demás crímenes definidos por las leyes? Recuérdese en particular, como uno de los casos más notables, el proceso seguido al individuo que intentó asesinar al exgobernador de la Provincia, D. Emilio Castro, en el cual proceso, el reo fué condenado á presidio de por vida, como en años anteriores lo habían sido también, varios reos que trataron de asesinar al Presidente Sarmiento, aunque éste por su buena fortuna ni siquiera resultó herido.

Ni podía haber sido de otro modo, pues que nadie sería osado de sostener que el Código Criminal en la clasificación y penalidad de los delitos, prescinda de la intención del reo; cuando desde sus primeros y más fundamentales principios, y desde la definición misma del delito, ante todo, tomaba y toma en cuenta la intención del agente. (Codigo Tejedor, art. 8°.

Siendo eso así, para admitir que V. E. hubiese seguido doctrinas positivistas, sería necesario reconocer también que no se había rejido por los principios del Código, que debían ser la norma de su conducta; lo cual importaría ciertamente, un cargo tan grave como infundado y temerario, pues que el Tribunal, disintiendo á veces en esto del Fiscal, no se ha atrevido á separarse un ápice, del sentido estricto y del tenor literal de la ley.

¿ En donde están pues, esos antecedentes positivistas ó realistas, con que ante el público se nos presenta con la mayor inexactitud, reatados á juzgar en el caso presente únicamente por el resultado que tuvo la acción de Monjes, con absoluta prescindencia de la intención que lo animaba, so pena de pasar plaza de inconsecuentes y de aparecer, si procediésemos de otro modo, quebrando los principios, y



rompiendo con las tradiciones judiciales, en obsequio de los que mandan ?

¿ Qué más, Exma. Cámara ? V. E. ha declarado constante y uniformemente, llegando así á formar jurisprudencia al respecto, aun antes que el nuevo Código sancionase la doctrina de un modo expreso, que en ciertos delitos, la tentativa próxima debía equipararse absolutamente al hecho consumado, y castigarse como lo ha verificado, con la misma pena; por que existian igual perversión moral ó idénticos resultados dañosos á las costumbres. Código Penal Ref. art. 127.

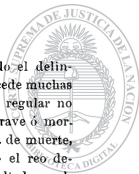
V. E. ha castigado también con la mayor severidad, obediendo en esto sumisamente, las disposiciones del Código Criminal que nos ha regido, la reincidencia en los delitos, por la única consideración de la mayor perversidad moral que ella revela en el reo; aun cuando el resultado material ó el daño efectivamente causado fuese manifiestamente el mismo, ya sea que el delito se cometa por primera, segunda ó tercera vez. Código Tejedor, art. 179.

## X

Se citan sin embargo, dos casos juzgados en oposición, los cuales se suponen idénticos al de Monjes que se encuentra *sub-judice*, á saber; el de Médici y el de Briesque en los que, según se pretende, el Fiscal reconoció y V. E. resolvió: que los delitos en general debían ser clasificados y penados por el resultado realmente producido; no por la intención que pudiera haber abrigado el reo.

¿ Es cierto que los casos que se mencionan en la defensa fuesen efectivamente idénticos al presente? ¿ Es verdad que en los fallos que sobre ellos recayeron, se contenga en realidad la indicada doctrina ? Ninguna de estas cosas sucede; y por consiguiente, los antecedentes invocados son inconducentes, y se aducen sin oportunidad, no pudiendo tener esta vez aplicación alguna.





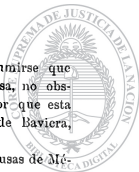
El fiscal ha reconocido en efecto, que cuando el delincuente procede con dolo indeterminado, cual sucede muchas veces en quién, infiere una lesión, que por lo regular no piensa, ni se preocupa de calcular si será leve, grave ó mortal (Ley 26, Tít 13, Part. 2ª.) «La ferida es carrera de muerte, é non sabe el que la face á cuanto puede llegar» el reo debe ser responsabilizado simplemente por el resultado, cualquiera que fuese, pues lo aceptaba de antemano.

Sería por tanto, considerado y castigado como homicida, si la lesión resultase mortal; y solo como autor de una herida leve ó grave, si ella no produjera la muerte al paciente: mas esta doctrina solo tiene aplicación, cuando no consta la intención del reo, porque si ésta llegara á descubrirse, y aparcciera que su propósito había sido producir la muerte de la persona á la cual agredió, el hecho según las circunstancias, debería ser clasificado y penado por tentativa de homicidio ó de asesinato,

«Una lesión leve, decía el Fiscal en la misma causa de Medici, que generalmente hablando, no importaría más que un delito de poca consideración, puede á la vez ser clasificada por un crimen, á saber tentativa próxima de asesinato, si se demostrase que el consumir éste, había sido el propósito del autor de la herida al inferirla».

Insistiendo todavía en igual principio de que en las lesiones, el mismo hecho podía constituir diversos delitos, que solo se distinguen por la intención con que obra el agente, repetía el exponente en la causa de Briesque: «una lesión grave ó leve puede ciertamente, importar tentativa próxima de asesinato, desde que se demuestre que la intención de su autor era efectivamente, causar la muerte del herido, con las circunstancias que caracterizan aquel delito».

El Fiscal reconoció también en esta causa y reconoce ahora mismo, como verdadera doctrina de la jurisprudencia criminal que mientras no conste otra cosa, ni existan datos para juzgar de diverso modo, el autor de una lesión debe suponerse dolo indeterminado, pues en el supuesto indicado. si la he-



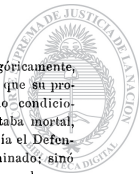
rida resultase leve, no habría razón para presumirse que quisiera producirla grave ó mortal, ni vice-versa, no obstante que en los delitos se suponga el dolo, por que esta presunción no tiene todo ese alcance. Código de Baviera, art. 41.

El Fiscal en fin sostuvo en las mencionadas causas de Médici y de Briesque, que del hecho solo de dispararse sobre alguna persona un arma de fuego, ó bien de inferirse una puñalada, aun cuando fuese á traición ó con alevosía, sin otro dato alguno, no se podía deducir legalmente la intención de matar, para castigarse el delito por tentativa de homicidio ó de asesinato; no existiendo en efecto, en dichas causas otros antecedentes de ningun género, que autorizasen fundadamente aquella suposición.

Médici no solo negaba haber tenido la intención de matar á Pedécini, sinó que explicaba el hecho de haberle disparado un tiro con decir: que suponiéndose atacado por aquél solo trató de salvarse intimidándolo; y Briesque no solo no confesaba haber querido matar al herido Tamburini, sinó que negaba también, que hubiese sido el autor de la herida que éste recibió.

## XI

Y bien ¿Cuál es la doctrina que quedó establecida en esos casos, y cuál la aplicación que de ella pudiera hacerse ajustadamente, al que ahora nos ocupa? Si Monjes hubiera negado como Briesque, haber sido el autor de la feroz pedrada asestada en la frente al general Roca; ó si como Médici hubiera sostenido que le pegó sin querer y sin ánimo de ofenderle, el Fiscal y V. E. consecuentes en sus principios, se habrían visto obligados á reconocer, que del hecho solo de haber dado esa pedrada, no se podía deducir legalmente, el ánimo ó la intención de causar un homicidio; y que por tanto aquél debía ser juzgado como autor de simple lesión.



Pero habiendo reconocido y confesado categóricamente, con entera libertad y con la mayor repetición, que su propósito fué el de quitar la vida al Presidente: no condicionalmente, y con la reserva de si el golpe resultaba mortal, como lo manifestó al principio, y lo repite todavía el Defensor; lo cual podría hacer admitir el dolo interminado; sino de un modo absoluto, según lo explicó después muchas veces, expresando haber llevado por objeto el producir un cambio político, que mejorase la situación del país y la suya en particular.

Supuesta decía, tal confesión, que no hay manera de tergiversar, ni admite varios sentidos; á la cual el Defensor no ha encontrado vicio alguno de forma que objetarle para invalidarla; bajo el imperio de una legislación que considera la confesión del reo en las condiciones que requiere, y que esta vez se han cumplido exactamente, no solo prueba plena sinó la mejor de todas, *probatio provatissima* ¿Podría el Fiscal, ni nadie en su lugar, desconocer que en el caso *sub-judice*, la intención homicida del procesado resulta legalmente comprobada? L. L. 2 y 6, Tit 13 y 12 Tit 14, Part. 3ª.

Bajo el aspecto de la prueba ¿pueden equipararse razonablemente dos casos, en uno de los cuales, el reo niega la intención de matar, la que tampoco se demuestra por diversos antecedentes, con otro en que libre y espontáneamente, aquel reconoce con la mayor repetición, que tal fué en efecto su propósito, al producir una lesión, que en concepto de los médicos, atendidas las circunstancias, solo por casualidad no resultó mortal?

¿O no es cierto en la jurisprudencia criminal, que tratándose de lesiones, aunque no sean mortales, el delito degenera en tentativa de homicidio, si la intención del autor al producirlas, hubiese sido la de causar la muerte, como á su vez ese delito se transforma y degenera en asesinato, cuando el homicidio se ejecuta con alevosía?

## XII

El Defensor pretende: que pues la sociedad solo castiga por el daño material que se le causa, debe en consecuencia prescindir enteramente, de la intención con que el hecho se produjo; lo cual no le interesa tampoco, ni le corresponde averiguar; no pudiendo en tal hipótesis, admitirse otro delito fuera del perpetrado, en realidad, consistente en el propósito ó el intento de causar un mal mayor, que el que efectivamente se causó.

Es inexacto empero, que la sociedad castigue solamente el daño material resultante del hecho, pues que tiene también en vista su gravedad moral y su trascendencia, mientras que aquél por si solo, ni siquiera puede constituir delito.

No se pena por ejemplo, el homicidio casual, aunque el daño material venga á ser el mismo que si el hecho hubiese sido intencional; ni se castiga ni debe castigarse del mismo modo, el homicidio culpable que el asesinato, aun cuando sea tambien idéntico el resultado material; considerando la diferencia en ambos casos, que ciertamente es inmensa ante la ley y ante la conciencia, solo en la intención y la moralidad.

Bajo la teoría del Defensor, subversiva de los principios vigentes y contraria á las opiniones recibidas, el incendiario, el envenenador y el asesino poca ó ninguna pena merecería, cuando por una feliz casualidad independiente de su voluntad, y que en nada altera la moralidad del acto, no hubiese logrado consumir el crimen que se proponía.

El ladrón sorprendido infraganti y que no hubiese conseguido llevarse y ocultar los objetos que había sustraído, no debería ser penado, por que habiendo el dueño recuperado inmediatamente esos objetos, ningún daño material habría resultado en realidad, aun cuando por otra parte no puede dudarse, que con semejante sistema, las empresas de ese género se multiplicarían al infinito.





Si en los delitos se hubiese de prescindir de la conciencia y de la moralidad, á las cuales se denomina misticismo y teología, para atenderse solo á la materialidad del hecho, el parricidio se confundiría con el homicidio simple, desde que el resultado material es el mismo en ambos delitos, un hombre muerto violentamente; y solo se distinguen graduándose de muy diverso modo su criminalidad, por consideraciones morales.

Los delitos de adulterio, violación ó incesto, descenderían á la clase de simples faltas de incontinencia, porque siendo en ellos uno mismo el hecho material que los constituye, son solamente los diversos grados de inmoralidad que entrañan, los que determinan su distinta clasificación.

Ahora, si en los hechos criminosos se ha de considerar también el daño moral resultante á la sociedad, entonces caducan los argumentos de la defensa, mediante los cuales se intenta en el caso presente, se rechace la clasificación de asesinato frustrado, pues aunque el crimen intentado no se haya consumado, ni produciéndose tampoco el daño material que de este habría resultado, las leyes han sido violadas, la autoridad escarnecida, la tranquilidad turbada, la zozobra y el temor se han suscitado, el mal ejemplo se ha dado; y en fin, se ha causado ya todo el daño moral que ocasiona el delito.

### XIII

Bien lejos de poder prescindirse absolutamente de la intención del reo al apreciarse la gravedad de los delitos, se ha creído por el contrario, que solo debía atenderse á la moralidad del acto; y como ésta es la misma en el crimen consumado que en el intentado, cuando el proyecto se ha llevado tan adelante, que el malhechor hubiese puesto de su parte, todos los medios para ejecutarlo; sin que existiese ya posibilidad de desistimiento, aunque por causas ajenas á su

voluntad dejara de realizarse, se deducía de aquí: y el Código Francés establecía en efecto, que en ambos casos debía imponerse la misma pena.

He aquí como justifican esta disposición los señores Chauveau y Helie, respondiendo también á los autores que la impugnan. «Desde luego dicen, es evidente y nadie lo ha negado, que el autor del crimen frustrado es tan culpable á los ojos de la moral, como si aquel se hubiese consumado; porque en ambos casos el acto se ha realizado en la intención de su autor: ni en el uno ni en el otro, el arrepentimiento ha detenido sus pasos; él no ha hesitado en el momento de la ejecución del crimen: si este no se ha cumplido; si el resultado no ha correspondido al propósito es solamente obra de la casualidad.

«¿Será verdad que la pena deba variar por la circunstancia sola, de que la bala por ejemplo, haya encontrado sobre el corazón de la víctima, un obstáculo cualquiera, como un acero protector, ó por que los socorros hayan detenido á tiempo la sangre y conservado su vida? Si el crimen es el mismo, la diferencia en el castigo, ¿deberá fundarse únicamente en la diferencia del resultado, que ha sido independiente de la voluntad del culpable? .

«Nosotros hemos experimentado alguna admiración, lo confesamos, de encontrar semejante doctrina en una escuela espiritualista, que acostumbra fundar en la inmoralidad de los actos la base común de sus incriminaciones.»—Teoría del Código Penal, tomo 1º pág. 380 núm. 165.

Es cierto que otros criminalistas, cuyas doctrinas mas equitativas, son las que han prevalecido, rechazan la indicada teoría; y tomando en consideración al mismo tiempo, la ofensa moral del delito, y el daño material realmente causado, se niegan á equiparar de todo punto bajo el aspecto de la penalidad, el crimen frustrado con el consumado, y no admiten de consiguiente, la identidad del castigo en ambos casos.

Rossi describe el delito frustrado en estos términos: «El





autor de un delito frustrado es aquél, de quien puede decirse con razón, que ha hecho cuanto estaba en su mano para ejecutar el crimen: el acto está terminado, en cuanto depende del agente. La resolución criminal se ha desenvuelto completamente: ya no cabe desistimiento, ni posibilidad de arrepentirse antes del hecho».

Observa en seguida, que sin embargo de ser igual efectivamente en ambos casos, la inmoralidad del agente, el sentido común y la conciencia popular se resisten á confundirlos, por no poderse considerar igual el daño reparable y el irreparable; y acaba por rechazar la identidad de la pena, concluyendo su exposición en estos términos:—

«Así, pues, creemos que á lo menos para ciertos crímenes y particularmente para aquellos que son castigados de muerte, es prudente conceder una rebaja de pena á aquél cuyo atentado no ha tenido el efecto que se proponía; Válgale á él también, en cierta medida, la buena fortuna que protegió á la víctima». Tratado de Derecho Penal, tomo 2º, pág. 155; siendo esta la doctrina que consagra nuestro Código; y que de consiguiente nos debe regir; pero muy distante todavía de la que refuta el exponente.

Conociendo el Defensor, Exma. Cámara, serle adversos los principios consignados en el Código Penal que nos ha regido, como en el que actualmente se encuentra en vigencia; pues que ni en su texto, ni en las fuentes de donde han sido tomadas sus disposiciones, ó en los autores que las exponen; ni en fin, en las doctrinas recibidas ú opiniones dominantes, hallaría nada que favorezca sus pretensiones, según se acaba de demostrar, ha buscado un último recurso.

#### XIV

En su escrito de expresión de agravios, sublevándose no ya contra la mística y la teología, sinó también contra la



metafísica y cuanto diga alguna relación con el espíritu exclama: «menos psicología y mas realismo»; y en seguida despliega desembozadamente la bandera del materialismo.

En ello no se conforma seguramente á las instrucciones del procesado; pues Monjes como es constante, no solo es *espiritualista*, mas también *espiritista*, es decir, que además de reconocer la existencia de los espíritus, se supone en continua y familiar comunicación con ellos.

Condenando el Defensor y rechazando todo aquello, decía, apela á las teorías y doctrinas de una nueva escuela de derecho penal que aplaude con entusiasmo, suponiendo haber hecho grandes progresos; y pronunciado quizá, la última palabra de la ciencia.

No se explica en qué consistan tan asombrosos adelantos, sinó solamente que aquella se vale del método experimental. No se exponen tampoco sus principios, sinó únicamente que en la apreciación de los delitos, prescinde de todo punto de la conciencia y de la intención: esa escuela se denomina *realista ó positivista*.

El Fiscal por el contrario, considera oportuno y muy del caso, exponer y analizar aunque no sea más que á la ligera, ya que por primera vez se invocan en los Tribunales, los principios fundamentales de la enunciada escuela positivista, tomándolos de las lecciones del Profesor de la Facultad en esta Capital, que declarándose partidario suyo, no puede ser sospechoso en manera alguna.

He aquí, pues, un breve resumen de su exposición. La cuestión del libre albedrío no es bajo variantes, sinó la eterna cuestión del materialismo y espiritualismo formulada entre los filósofos griegos por Thales. La escuela positivista niega la libertad, afirmando que si existiese, no habría, ni ni sería posible la ciencia del Derecho.

Los nuevos estudios psicológicos y los adelantos de la fisiología relacionados con los fenómenos intelectuales demuestran, que no existe albedrío como radicado en un principio ajeno á lo físico que nos envuelve, nos penetra





y forma la ilusión de que somos nosotros los que determinamos el acto volitivo, ajenos á las sugerencias externas: todo lo cual no puede ser. El órden moral es una concepción puramente intelectual, digan lo que quieran los sistemas escolásticos.

Los delincuentes constituyen una raza ó tipo especial; y eliminada la libertad, deben ser considerados enfermos: todo lo que hay que hacer con ellos es curarlos. A los que desconocen la ley social ó no la quieren amar ¿se les ha de dejar en libertad? Nó; porque sus actos dañan necesariamente á los demás.

No importa que el delincuente al obrar, lo haga sin libertad: él ha querido lo que no debe querer, hay que impedir que lo vuelva á hacer. La pena consistirá en sujetarlo á un método preventivo respecto de la sociedad; curativo respecto de él: en otro sentido, el castigo no tendría razón de ser.

Ahora deduciendo las doctrinas que se envuelven en tales principios, como en sus premisas lógicas, si es que el exponente no los ha comprendido mal; tendríamos las siguientes conclusiones: la escuela positivista abraza el materialismo; niega la existencia del alma espiritual; desconoce la libertad, y suprime el orden moral: no hay, pues, imputabilidad, premio, ni castigo condignos á la virtud ó al vicio. No hay delito en el sentido propio; no hay justicia: ni puede haber pena.

Los Tribunales del crimen son inútiles; y los magistrados deben cesar desde luego en sus oficios; por que no debiendo existir sinó grandes hospicios de alienados y grandes hospitales, serían los médicos, los llamados á reglamentarlos del modo mas conveniente, y á fijar también el tratamiento mas adecuado para los reclusos: desde ese momento aquellos exclusivamente, llevarían la palabra en materia de justicia, y los abogados nada tendríamos ya que hacer.

XV



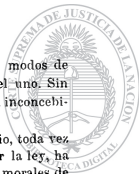
¿Es posible que en las ciencias, se confundan con tanta ligereza, simples novedades con los verdaderos progresos, sin reflexionarse esta vez, que tratándose de los primeros principios de la moral y del derecho, la verdad forzosamente ha de ser antigua, y solo el error puede ser moderno?

O el Fiscal no entiende, lo repite, deseando haberse equivocado, los principios que se atribuyen á la escuela realista, ó el Defensor no se apércibe de las gravísimas y funestas consecuencias que entrañan.

De otra suerte no los aduciría en defensa de una causa que si no puede sostenerse sin ellos, debe considerarse irremisiblemente perdida, desde que la aceptación de aquellos por los jueces, no solo importaría manifiesta traición á sus deberes, si que también una especie de suicidio moral; puesto que no podrían admitirlos, sin abdicar por el mismo hecho, la dignidad de su carácter, la nobleza de su oficio y la elevación de sus funciones.

Oigamos, Exma. Cámara, al célebre criminalista Pacheco, que con la elocuencia característica de sus escritos, defiende los principios fundamentales de la moral y de la justicia, que hoy se atreve á negar en mala hora, una nueva escuela materialista. Comentando el art. 1º del Código Español, en que se declara, que para que la acción constituya delito, es preciso que sea voluntaria, se expresa así:

«La voluntad humana y el libre albedrío que constituye su naturaleza, son los fundamentos de la justicia penal; sin esa voluntad que obra, sin esa libertad que la inspira y la caracteriza, la penalidad sería el mas horrible de todos los absurdos. No cabe idea de expiación, cuando no ha habido demérito en la obra; y no hay demérito, cuando hubo ciega necesidad. No cabe idea de intimidación cuando no puede impedirse con esta que se sobre de cierto modo: y no puede



ponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni elección para seguir preferentemente el uno. Sin voluntad, sin libertad, el mundo y las leyes son inconcebibles.»

«Declárase, pues, un grande y fecundo principio, toda vez que se dice que la acción ú omisión penada por la ley, ha de ser voluntaria. Reconócense los fundamentos morales de la penalidad; sácase el ánimo de la estrecha y mezquina materialidad de los puros hechos, para elevarlo á la eminente región de las razones y de las causas. El hecho aislado, el hecho sin voluntad, lo mismo puede ser una desgracia que un crimen; también un peñasco que cae, puede matar á un hombre; y un terremoto puede abismar á una ciudad.»

«No es el mal material solo lo que constituye la necesidad de la pena, porque el hombre se resigna á la desgracia; y su conciencia no pide ni la expiación, ni la intimidación contra quién no puede sentir la moralidad del castigo. La voluntad, pues, es la base del delinquiramiento porque es la necesaria condición de éste. La voluntad es el espíritu sin el cual el crimen no fuera mas que un caos.»—Cód. Penal, concordado y anotado, tomo 1º, pág. 73, ns. 17 y 18.

## XVI

¿Pero es cierto al menos, que la escuela positivista, al prescindir en la represión de los delitos, de la intención, la conciencia del reo y la moralidad del acto, deje de castigar el crimen intentado, y pene solamente el daño material que su autor alcanzó á producir, conduciéndose de consiguiente en este caso con mucha indulgencia y suavidad?

Nada de eso, Exma. Cámara, antes bien sucede todo lo contrario segun lo explica el Dr. Piñero; porque no castigando la sociedad, con arreglo á las doctrinas de la espresada es-



cuela, en expiación del mal causado; sinó en precaución del que puede causarse; y siendo por otra parte, iguales los motivos de recelo que existen, respecto del que cometió efectivamente el delito, que del que solo lo intentó, aun cuando por causas extrañas no consiguiese realizarlo, desde luego la pena debe ser la misma en ambos casos; y el delito frustrado debe castigarse como si se hubiera consumado.

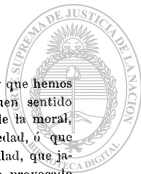
Oigámosle á dicho profesor en sus propios términos; impugnando los argumentos con que Rossi sostiene la opinión de que antes se ha hecho mérito, y que se encuentra adoptada en nuestros Códigos, dice «Todas estas consideraciones están fuera de las razones que la sociedad tiene en vista para castigar el delito.»

«Lo que se debe tener en cuenta para la aplicación de la pena, es el peligro que el delincuente ofrece á la sociedad. Y por consiguiente, el delito frustrado debe castigarse de la misma manera que el consumado. Como la sociedad castiga para el porvenir, y no para el pasado, si un individuo le fuese peligroso, poco importaría el considerar que hubiese ó no conseguido su objeto, sinó que debe reprimirse.» Apuntes sobre Derecho Penal, pág. 41.

¡¡Perfectamente!! Pero en realidad no solo ofrecen peligro para la sociedad los individuos que han delinquido ya, sinó tambien los que hallándose en aptitud de hacerlo, han manifestado además propensiones á delinquir; deberian ser, pues, castigados desde luego, aun antes de haberlo verificado; y ese castigo, según la enunciada teoría, sería sumamente justo.

Mas entonces viviríamos perpetuamente bajo la ley de sospechosos ¿y si los médicos creyesen reconocer en cualquier individuo los caracteres que constituyen el tipo del malhechor? ¿como se procedería y que debería hacerse? Es claro que no habría mas que recluirlo en el momento, como se hace ahora con los furiosos por el peligro que presentan, y sin esperar imprudentemente que causen daño.

¿Es aceptable este resultado, aunque muy lógico?



¿Es admisible la teoría de que dimana?

¿Y son estas las cosas que se nos proponen, y que hemos de recibir por un gran progreso? Responda el buen sentido ya que se prescinda de los eternos principios de la moral, que son el fundamento incommovible de la sociedad, ó que no quiera consultarse la conciencia de la humanidad, que jamás hallaría justo un castigo que no hubiese sido provocado por el delito, y no guardase la debida proporción con su gravedad.

## XVII

El Defensor, Exma. Cámara, en la expresion de agravios á que contesta el exponente, se queja de que el Juez *á quo* en la sentencia apelada, declare tomar en cuenta, que la persona agredida por el procesado era el Presidente de la República, que en esos momentos ejercía sus funciones y en fin, de que haga también mérito de los trastornos y males que pudieron resultar al país si el delito se hubiese consumado.

En concepto de aquél, esto importa retrogradar á épocas de despotismo, y revivir instituciones anticuadas y absurdas, que felizmente han caducado, rechazadas por la civilización como las que definían, clasificaban y penaban el delito de lesa Majestad, suprimido en nuestra Constitución, al reducir el de traición á la Patria á los únicos casos que determina detalladamente el artículo 103.

Efectivamente, las antiguas leyes identificando con la de la Nación la personalidad del Gobernante, consideraban como ofensa á la dignidad de aquella, cualquier atentado ó agravio contra la persona de éste, y lo denominaban crimen de lesa-Majestad, dando origen á grandes injusticias y á muchas atrocidades.

Este delito en efecto, por la excesiva latitud, que se le dió, llegando á considerarse tal el desnudarse delante de la



estatua del Emperador, por las facilidades que se procuraron para su persecución, admitiéndose por acusadores, á los que en otros casos no pudieran serlo; por lo irregular de la prueba, para la cual bastaban testigos inhábiles ó meras presunciones; por la atrocidad de la pena, que á la muerte reunía la confiscación de bienes ó infamia ó incapacidad de los descendientes; y en fin, por la duración de la acción, que podía deducirse aun despues de la muerte del delincuente, venia á ser una monstruosa excepcion á todos los principios del Derecho Criminal y un instrumento el más feroz del despotismo—Goyena, tom. 5º Derecho Penal, lib. y tít. 2º pag. 215.

Reaccionando con razón, contra tales leyes tomadas del Derecho Romano y generalizadas en las antiguas monarquías de Europa, la Constitucion de Estados-Unidos introdujo en este punto la reforma antes mencionada, según lo exigian las instituciones libres que adoptaba, siendo tomado de ella el artículo correlativo de nuestra ley fundamental (Lieber, La Libertad Civil, cap. 8º, página 93); pero no es exacto en manera alguna, que el Juez del Crimen, por mencionar las circunstancias indicadas, venga á retrogradar á la admisión del crimen de lesa—Majestad.

El juez *á quo* no hace mérito de ellas, sinó despues de haber clasificado el atentado de Monjes por un delito común admitiendo que la tentativa aunque próxima, de asesinato al Presidente, nunca debería castigarse con pena capital, como el delito consumado, en que no medien circunstancias atenuantes, siendo que sucedia todo lo contrario en el crimen de lesa-Majestad, pues en éste, la tentativa equivalia al hecho realizado, y se castigaba con la misma pena.

Si, pues, hace mención de las circunstancias que determina, es solamente como agravantes de un delito común ó constitutivas de delitos conexos; en lo cual se ajusta á las reglas admitidas en la jurisprudencia criminal y á las prescripciones contenidas en el Código, tanto el que regía cuan-



do el hecho tuvo lugar, como el que ahora se encuentra vigente.

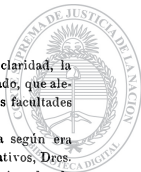
Un delito, en efecto, no solo se gradúa en justicia por el mal que ocasionó, mas también por el daño que pudo causar, como sucede cuando se dispara sobre alguien una arma de fuego, pues aunque se yerre el tiro, su autor debe ser penado, según el nuevo Código, con dos años de prisión; no por el mal que causó, que ciertamente fué ninguno, sinó porque bien pudo ocasionar la muerte. Art. 99.

Aunque haya quedado suprimido por la Constitución el crimen de lesa-Majestad, esto no supone, ni demuestra; que en la graduación de los delitos, cuando se dirijan contra los magistrados, deba prescindirse del carácter público que invisten; en especial si el hecho viene directamente á turbar el ejercicio de sus funciones: pues en el primer caso sería circunstancia agravante, y en el segundo el atentado importaría un delito conexo, que agrava también la pena del hecho principal materia de la causa. Código Penal arts. 84, inc, 15, 87 y 88.

## XVIII

Bajo el título de neurósis epiléptica, la defensa de Monjes contenía un capítulo, en que se contraía á examinar si éste debía ó nó ser considerado como capaz de responsabilidad penal, pues aun cuando el reo hubiese confesado que al atacar al General Roca, había obrado en uso pleno de su razón, y por consiguiente con conciencia del acto que trataba de ejecutar; habiendo manifestado también que padecía epilepsia, lo cual resulta plenamente comprobado, esta circunstancia sujería graves dudas.

El Defensor trató extensamente el punto, desplegando gran copia de conocimientos médico-legales, que seguramente hacen honor á su erudición, pues examinando las diversas especies que se conocen de epilepsia, determinaba cientifi-



camente sus efectos, y demostraba con mucha claridad, la necesidad de un examen facultativo del procesado, que alejase todo peligro de error sobre el estado de sus facultades intelectuales.

El examen se decretó por el Juez de la causa según era justo, encomendándose á los distinguidos facultativos, Dres. D. Julian Fernandez, y D. Marcelino Aravena designados de común acuerdo; los cuales después de tomar todo el tiempo preciso para reconocer al procesado Monjes, é indagar los antecedentes necesarios con la mayor prolijidad é interés como lo han hecho, se expidieron en un largo y eruditísimo informe.

De ese dictamen científico y bien fundado se deduce que Monjes obró conscientemente al intentar quitar la vida al Presidente; pero que á consecuencia de su enfermedad epiléptica de que efectivamente padece, su sistema nervioso se hallaba tan excitado, y él se encontraba tan irascible, que puede admitirse por verosímil, que sin haber sido premeditado el hecho, el pensamiento de ejecutarlo surgiese como un estallido de cólera, en presencia de un sugeto que ciertamente le era odioso.

La defensa no ha insistido después en las dudas que tenía manifestadas acerca del estado de Monjes; y bien pudiera por tanto el Fiscal excusarse de volver sobre este punto; pero como dichos facultativos reconociendo que el procesado no se encontraba en condiciones normales, opinan que no le serían aplicables por esto las reglas comunes de la penalidad; y el Juez del Crimen, fundado también en esta consideración admite á favor de aquél una circunstancia atenuante, conviene para ilustrar la cuestión tener en vista las conclusiones á que arriba el expresado dictamen.

«1ª: Ignacio Monjes, dicen los médicos, es epiléptico; incluyéndolo en el grupo de los que padecen el gran mal—contraviniendo el estudio del atentado, lo que afirman todos los autores, de que para que el gran mal determine actos agresores, es necesario que el enfermo haya sufrido muchos





ataques de epilepsia, que traigan aparejados trastornos intelectuales; esto no se ajusta á Monjes, que pasó completamente sano un buen tiempo, antes de atentar contra el Presidente».

«2ª: De la absoluta imposibilidad de encontrar en la epilepsia larvada el vértigo epiléptico, de la firmeza y exactitud del recuerdo del atentado y de su falta de arrepentimiento, salta su responsabilidad en el acto producido».

»3ª Su dolencia antigua sosteniéndolo en un grado máximo de irritabilidad, dando á su sistema nervioso el dominio de su organismo y su voluntad relajada por la misma influencia, no pudieron quizá hacer contrapeso en su impulsión, pero producido el hecho, y después de lo apuntado, creemos firmemente que Monjes es un caso práctico en que la culpabilidad debe lógicamente ser atenuada».

El Juez del crimen tomando en consideración la circunstancia indicada por los autores de este informe, y valorándola jurídicamente, establece: que siendo por una parte, excusa completa la locura y debiendo por otra servir de atenuación, cualquier excusa en la cual falte alguno de los requisitos exigidos, debe admitirse en Monjes como circunstancia atenuante, la anormalidad del estado de su organismo.—Código Penal Ref, arts. 81, inc. 1º y 83, inc. 1º.

El punto, sin embargo, no carece de dificultad, porque siendo indivisible la razón, mientras emita luz suficiente para discernir el bien y el mal moral, produciendo la conciencia en el agente, mantendrá siempre la responsabilidad: por poco que le falte á la locura, evidentemente no habrá tal locura.

Con todo, en el mismo art. 83 encontramos también, que debe estimarse asimismo circunstancia atenuante en el autor de un delito, el estado de ira sin culpa del que la sufre y otras cosas análogas; debiendo presumirse aquella razonablemente en el hecho que nos ocupa, en quien consta que por su enfermedad epiléptica tenía su sistema nervioso sumamente excitado, y se hallaba en estado irascible.

## XIX

El precitado informe médico, al estudiar las causas que predispusieron á Monjes á concebir la idea del atentado, contiene datos curiosísimos é instructivos, que tuvieron ocasión de recoger los ilustrados facultativos que suscriben aquél, con motivo de sus relaciones con el procesado, en que les fué indispensable entrar para reconocerlo.

El Fiscal no quiere omitir esos datos pues los considera interesantes en el sentido de demostrar, cuanto pueden influir, é influyen efectivamente en bien ó en mal, sobre la conducta moral de un hombre, sus ideas y principios religiosos; poniéndonos en aptitud de apreciar los resultados que deben esperarse, de la supresión de aquellos en las escuelas públicas, con la enseñanza laica, y en la familia con la secularización que se propone del matrimonio.

Los únicos libros que se le encontraron á Monjes, al embargársele sus escasísimos bienes, fueron un tratado sobre masonería y quince folletos impresos sobre espiritismo, cuyas doctrinas había adoptado, ingresando como consta del proceso, en una asociación que las profesaba; y habiendo también regido por ellas su conducta en el caso que nos ocupa, en la opinión de los expresados médicos, según vamos á ver.

El hombre, dice con gran sabiduría un eminente filósofo moderno, apoyado en profundas observaciones deducidas de la experiencia constante, es por naturaleza religioso y creyente. Si deja de ser religioso, se hace las más veces supersticioso, y si rechaza las creencias mas razonables, acabará por forjárselas extravagantes.

«Monjes, según expresan los indicados facultativos ha vivido teniendo más ó menos creencias religiosas; *pero sin ocuparse jamás seriamente de ellas, é ignorando sus principios.* Cuando la lucha por la vida lo trajo á Buenos Aires, donde le fué imposible prosperar, dados los reveses sufridos, él





acaso lo llevó á un terreno siempre simpático, para el desgraciado, que ávido de consuelo, encuentra en los vaticinios del cielo, los medios de halagar su ambición».

«El indiferente de antes cayó en manos de los espiritistas: entonces saltó por decirlo así, el creyente fervoroso que buscaba en su pitonisa y en Allan-Kardec el remedio que traería un lenitivo á sus males».

«Desde entonces frecuentó la lógia «Humildad» y sus obras favoritas han sido los tratados sobre el espiritismo, que veneración conserva en su celda; y que según él le proporcionan, elevándolo al mundo de la verdad pura, el alivio que en la tierra se le niega».

«El ha consultado el *medium* sobre distintas cosas; y sus respuestas han sido su oráculo. Ha tratado de descifrar las doctrinas de Allan—Kardec: y *ha creído que su acto atentatorio no era sinó el mandato de aquel autor al enseñar que cuando dos terceras partes del pueblo ven que el gobernante es malo, debe desaparecer* (palabras textuales de Monjes)»

«Las doctrinas espiritistas mal interpretadas por un criterio poco preparado y su ninguna ilustración no le permitían desacirse de los sofismas que encierran; sofismas que han hecho flaquear á más de un cerebro, ya llevando al creyente al manicomio, ó como en Monjes exaltando por lo menos una imaginación eminentemente impresionable.

«Esto, Sr. Juez, puede desviar de la línea moral á un sano juicio; especialmente á un individuo predispuesto por una enfermedad nerviosa, *obrando como poderoso factor en el hecho que se imputa*, por la tensión de espíritu que forzosamente tenía que determinar; *la cual se tradujo por un acto violento, consciente é irresistible*».

## XX

Solo nos falta, Exma. Cámara, determinar la pena que legalmente corresponda al delito, materia de esta causa, que por la alta posición política y social del agraviado, la pu-



bilidad que forzosamente ha alcanzado, y la gran trascendencia que el hecho pudo tener si se hubiera realizado: llegará sin duda alguna, á ser célebre en los anales de nuestro foro.

Esa parte complementaria de este trabajo no es por cierto la menos embarazosa y difícil por la oscuridad ó deficiencia del Código Penal que rige en la actualidad; el cual aunque define y clasifica el expresado delito no lo prevée sin embargo en particular, al determinar las penas colocándonos así en la necesidad de deducirla de los principios establecidos en él.—Código Penal Ref. art. 12.

El Juez del Crimen en la resolución apelada de 1ª Instancia, fundado en la prescripción del art. 48 que manda seguir la ley más benigna, y declarando que las disposiciones del Código vigente son en efecto más favorables al reo, que las del que regía á la época en que el delito se cometió, establece desde luego, que la causa debe ser juzgada por aquél.

Examina pues, sus prescripciones; y se hace cargo de la indicada deficiencia proveniente del silencio que ese Código guarda respecto á la penalidad del caso *sub-judice*; pero interpretándolo, y teniendo en consideración los motivos que aduce, determina la pena de diez años de presidio; resolución de que se ha apelado y cuya justicia nos incumbe examinar.

Siendo evidente que ambos códigos, el antiguo y el reformado, establecen la pena de la tentativa en relación y proporcionalmente, á la que habría correspondido al hecho consumado, que respecto al caso *sub-judice*, uno y otro, aunque con diversos nombres, consideran asesinato, tenemos que empezar por indagar la manera en que castigan este delito.

En general los dos códigos convienen en imponerle pena capital; pero discrepan desde que se suponga existir alguna circunstancia atenuante, como hubiese sucedido en el caso de que se trata, si el hecho se hubiera consumado; pues no se habría podido prescindir de considerar en favor del reo,



la enfermedad epiléptica de que padece, y que según los médicos; lo coloca en una situación anormal.

Aun en la última suposición, el Cód. Tejedor mantiene inflexiblemente la indicada pena capital; mientras que el reformado, declinando de su rigor impone entonces solamente, la de presidio por tiempo indeterminado; y permite todavía al Juez, rebajarla según lo indique la equidad, hasta la de diez años.—Cód. Penal de Tejedor, art. 207. Reformado art. 95 inc. 1°.

Ahora, siendo éste según se ha expuesto, el punto de partida, para graduar en seguida la pena de la tentativa en el reo, según fuese más ó menos próxima, y la falta de consumación hubiese dependido de causas extrañas, ó de su propio desistimiento, tiene razón en consecuencia el Juez *a quo*, al establecer que el caso debe ser juzgado por el nuevo Código. —Cód. Tejedor, arts, 20 y 22, Reformado, art. 12,

## XXI

Pero resulta después, que este código habiendo señalado la pena de la tentativa, cuando el delito consumado merezca la capital; y para cuando le corresponda la de presidio por tiempo determinado, no designa sin embargo, la que haya de imponerse á la tentativa, siempre que el hecho consumado importe un delito punible con presidio de tiempo indeterminado.

Hay por tanto que buscarla en la comparación de las establecidas para los casos previstos, teniéndose presente que fuera de duda, la gravedad del delito en el último caso de los expresados, se supone inferior á la del primero y superior á la del segundo. ¿Cuál habrá de ser, pues, esa pena según los datos que se acaban de mencionar?

Si el *minimum* de la pena para la tentativa en un delito capital, es de diez años de presidio (Código Penal, art. 12 inc. 1°), la que corresponde á un crimen que consumado,



solo tendría presidio de por vida, debe ciertamente ser menor; pero aproximándose en su *máximum*, para formar escala, al *miníum* de aquella, que sin embargo no debe alcanzar.

Este razonamiento que parece incontestable, demuestra a la evidencia, la equidad y el acierto, con que V. E. en caso igual, á saber, en la causa de Pablo Cuello, por tentativa próxima de asesinato, con la circunstancia atenuante de que aquél se hallaba algo beodo, resolvió que la pena debía ser de nueve años de presidio.

El Fiscal que en el caso mencionado, no admitía tal circunstancia atenuante, en la suposición sin embargo de que se aceptara, encuentra razonable y bien fundada esa resolución, como derivada de los principios legales que dominan la materia, y acorde también, sinó con el texto de la ley, porque no existe expreso, al menos con su espíritu bien manifiesto.

Con relación al caso presente, mal pudiera rechazar la rebaja de pena que de dicha resolución resulta, respecto de la que establece la sentencia apelada de 1ª Instancia, desde que reconoce como lo ha manifestado, que la circunstancia agravante de la premeditación, de que aquella hace mérito, en su concepto no se debe tener por comprobada legalmente.

Para quitar todo escrúpulo á quien pudiera observar contra el empleo ó la aplicación de una pena, que no se encuentra expresamente establecida, conviene recordar que por la ley de 7 de Diciembre del año pasado, se puso en vigencia el proyecto de Código Penal redactado por el Dr. Tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la H. Cámara de Diputados.

No pudiendo interpretarse de modo alguno, el silencio de la indicada Comisión, respecto á la manera de castigarse un hecho reconocido y clasificado entre los delitos por ella misma; como una modificación al referido proyecto, en el sentido de eximir ese hecho de toda pena; lo cual importaría una contradicción, debería admitirse mas bién, que dejaba

subsistente simplemente, lo que al respecto se establecía en el Proyecto revisado.

Ahora bien, en ese Proyecto se halla establecido, que la tentativa próxima de los delitos que consumados, se castigaban con presidio por tiempo indeterminado, debería pensarse con cinco ó diez años; términos entre los cuales se comprende manifiestamente, la pena determinada por V. E. en el caso antes mencionado y que el Fiscal solicita contra el procesado; la cual en el caso presente, por los motivos alegados, debería aproximarse al *máximum*.

Buenos Aires. Octubre 7 de 1887.



# VISTA CVII .

## USORICIDIO y ASESINATO

### SUMARIO

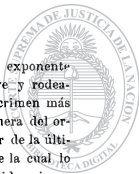
El reo se encuentra convicto y confeso de haber asesinado á su esposa en presencia del padre de ésta y dos hermanas.—Todas las citas que hace en su favor han sido desmentidas: del proceso aparece un malvado y su esposa una mujer buena.—No resultando circunstancia atenuante, el reo era acreedor á la pena capital.—A pesar de esto, el Juez del Crimen lo exime de ella, admitiendo como atenuación los celos, porque de otra suerte, el hecho no se explicaría.—Probado el delito debe aplicarse la pena ordinaria, aunque se ignore el móvil.—El no aparecer el motivo no hace presumir circunstancias atenuantes.—Es, pues, equivocada y debe reformarse la sentencia apelada.

*Exma. Cámara:* El Fiscal en la causa seguida contra Manuel Lopez Gonzalez por muerte que éste dió á su mujer Patricia Veragain en esta capital, el 30 de Enero del año ppdo; contestando la expresión de agravios hecha por el defensor, de la sentencia de primera instancia, que condena al procesado como autor responsable del referido delito, á la pena de presidio por tiempo indeterminado; y manifestando por su parte los que se causan á la vindicta pública por dicha resolución expone:

Que esta no es arreglada á derecho, en cuanto admitiendo circunstancias atenuantes que de ningún modo aparecen o m probadas, exime al reo de la pena capital á que es acreedor.







El proceso de que se ha comunicado vista al exposante instruye, Excmá. Cámara, de un delito tan grave y rodeado de tales circunstancias que lo constituyen el crimen más atroz, presentando á su autor como un malvado fuera del orden común, enteramente excepcional, y merecedor de la última pena que en justicia le corresponde, pero de la cual lo exime la resolución reclamada en virtud de consideraciones improcedentes, pues que no se fundan en ningún hecho acreditado, y solo toman por base las explicaciones del reo desmentidas por los testigos que han declarado en la causa.

Se trata, Exma. Cámara, de un hombre que habiéndose casado, antes de doce dias habia aplicado tres palizas á su mujer; y de la cual se hallaba separado antes de dos meses cumplidos, pues esta infeliz esposa acobardada del tratamiento brutal que recibía, se vió obligada á abandonar el hogar de su marido para fijarse en casa de dos de sus hermanas.

Pero hasta allí la persiguió la saña de su marido que un día se presentó armado de un cuchillo, esperó al lado de la pieza hasta que se abriera la puerta; y penetró entonces dirigiendo palabras de reconvención y amenaza á su mencionada esposa, que poseida de miedo trató de disparar hacia el patio; pero que al salir fué tomada de los cabellos por el procesado que la derribó al suelo, asestándole en el momento una puñalada en el corazón que la dejó muerta, en presencia de dos hermanas y del padre, á quien hirió también con motivo de haber tratado de defender á su hija.

Como se ve, existe en este hecho un crimen capital, bajo el doble aspecto de uxoricidio y asesinato: lo primero, porque la persona á quien Lopez Gonzalez privó de la vida, era su legítima esposa; lo segundo porque al atacar con premeditación y de improviso, armado de un puñal, á una mujer inerme ó indefensa, procedió con la más negra alevosía.

Por única defensa, ha alegado este monstruo, que se hallaba poseido de celos, en razón de que además de rehusarse su esposa á reunírsele, el individuo Eusebio Ortiz le había



manifestado que aquella andaba en malos pasos; pero verificada esta cita y llamado á declarar el referido Ortiz, en vez de ratificar lo expuesto por el procesado, lo desmiente completamente, negando haberle transmitido dato alguno contra su mujer, á la cual por el contrario, reputaba juiciosa resultando asimismo falso el que ella rehusase seguirlo.

A pesar de esto el Juez del Crimen ha admitido como justificada la excepción, alegada por el reo, porque de otra suerte, según observa, no se explicaría la conducta de Lopez González. Esta razón no es admisible, porque muchas veces el móvil del crimen permanece oculto, sin que sea lícito por eso presumir á favor del reo circunstancias atenuantes.

Infinitos motivos pueden determinar un delito; y aunque para apreciarlo con mayor exactitud conviene averiguar la causa que lo produjo, constando el hecho, apesar de que se ignore el móvil, debe ser castigado con la pena ordinaria, á menos que aparezca alguna circunstancia que pueda atenuarlo.

Inútilmente niega el defensor la alevosía que caracteriza el delito de que se trata, cuando según se ha referido, resulta que el reo se dirigió armado de un puñal en busca de su mujer con quién se hallaba ofendido; que encontrando la puerta cerrada esperó en acecho el momento oportuno para atacar sin ser sentido, cuando la puerta se abriera; en fin que armado de un puñal atacó á una mujer indefensa y sin darle tiempo para huir le asestó un golpe mortal.

En esta virtud, pues, el Fiscal, en conformidad á lo dispuesto en los arts. 207, 208 y 209 del Código Criminal que regía en la época en que el delito se cometió, 92 inc. 1<sup>o</sup> y 93 inc. 1<sup>o</sup> del que se encuentra vigente en la actualidad, viene á solicitar la revocación de la sentencia apelada, en cuanto á la pena de presidio que determina; y el que esta se sustituya por la capital que en justicia corresponde.

# VISTA CVIII

## EL ASESINATO DE LA CALLE ARTES

### SUMARIO

Aun cuando sea indudable la criminalidad del procesado, son laudables sin embargo, los esfuerzos del Defensor en su favor.—No sería razonable reservar toda la compasión para el malhechor, prescindiendo de la víctima, y olvidándose el daño inferido á la sociedad.—La pena ciertamente es un mal, pero inevitable para impedir la repetición de los crímenes, produciendo el escarmiento.—No son fundados los cargos que en esta causa se hacen á la policía, á los cuales se satisface, explicándose sus procedimientos.—Siendo numerosos y graves los cargos resultantes contra el reo, éste no se justificaría legalmente con establecer en absoluto, la posibilidad de su inocencia, pero sin desvanecer aquellos.—No es exacto con todo, que consiga demostrar dicha posibilidad con los argumentos que aduce, á los cuales se contesta. El Defensor procura satisfacer la presunción de haber el reo premeditado la muerte de Gallardo, que se deduce de que no encendió luz la noche del suceso, en el patio donde tuvo lugar, observando que esa noche era de luna llena—Esta explicación no es satisfactoria, pues por lo regular se encienden los faroles del zaguán ó del patio aunque haya luna; y porque tampoco encendió luz en su pieza, donde lo estaba esperando á Gallardo.—En diverso sentido la observación perjudica al reo, demostrando que al pasar al lado del cadáver de aquel inmediatamente después de haberse producido el tiro que le causó la muerte, no habría podido dejar de verlo, como dice haber sucedido.—La tacha á los inquilinos por suponerlos resentidos con él, no es suficiente, ni se ha justificado.—Los inquilinos son testigos tachables, cuando deponen á favor del propietario ó principal; y por razón inversa, deben merecer mayor fé, cuando declaran en contra.—La máxima que ha reinado en jurisprudencia *testis unus, testis nullus*, se encuentra ya anticuada.—La jurisprudencia moderna estima de diverso modo que la antigua, las pruebas aducidas en juicio, especialmente la de presunciones.—Varios criminalis





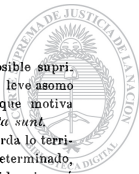
tas antiguos la admitían para la aplicación de una pena extraordinaria; y el código vigente solo la excluye para la imposición de pena capital.—De aquí se deduce que debe considerarse suficiente para la aplicación de cualquier otro castigo.—Las presunciones legales no siendo desvanecidas por el reo, producen inevitablemente su condenación.—En el caso *sub-judice*, el procesado tiene en su contra una presunción legal, que lejos de haber sido desvanecida, se robustece y corrobora por otros muchos datos y comprobantes.—La provocación ú ofensa recibida por el reo, como cualquier otra circunstancia capaz de excitar el furor, solo atenúa el delito, cuando se comete inmediatamente de recibida aquella, sin mediar intervalo alguno.—La ley no disculpa la venganza, ni excusa el rencor; doctrina de Chauveau y Helie sobre esta materia.—De consiguiente no favorece al procesado la amenaza que su esposa supone haberle hecho Gallardo; por la mañana del día del suceso, el cual ocurrió de noche.—Conclusión.

*Exma Cámara:* El Fiscal se ha instruido por la vista comunicada, de la causa seguida contra Juan Grile por asesinato cometido en la persona de D. Pedro Gallardo, en esta capital y en la casa situada Artes 638, el 10 de Enero del año pasado, á las ocho y media de la noche; y pasa á contestar la expresión de agravios hecha por el Defensor, de la sentencia que condena al procesado como autor responsable del referido delito, á la pena de presidio por tiempo indeterminado.

Nunca se emplean mejor, *Exma. Cámara*, el talento y la instrucción, que cuando se ponen al servicio de un objeto tan humanitario, como la defensa de un desgraciado sobre quién pesa una acusación criminal, que puede traerle la pérdida de la vida ó por lo menos de la libertad, mientras aquella dure, privándolo así de todos los derechos, de los goces de familia y de todas las relaciones sociales.

En esta consideración son dignos ciertamente de encomio los esfuerzos del Defensor, en el sentido de demostrar la inocencia del reo en el crimen que se le imputa á éste; y á la verdad que si fuese dado á la destreza y habilidad del abogado desnaturalizar la causa y cambiar el mérito del proceso aquél habría alcanzado su objeto y realizado su propósito.

Mas esos esfuerzos por laudables que sean, tenían que estrellarse esta vez, contra la realidad incontestable de los



hechos consignados en el proceso, que no es posible suprimir, ni tergiversar, y que acreditan sin el mas leve asomo de duda, la criminalidad del reo, en el delito que motiva esta causa. *Deus infecta facere nequit, quæ facta sunt.*

El Defensor antes de entrar en materia, recuerda lo terrible y doloroso de una condena á presidio indeterminado, que recluyendo al reo en una prisión de por vida, viene á romper todos los vínculos mas sagrados con los inocentes hijos y con una tierna esposa, de todo punto inculpables de la conducta de aquél, cualquiera que hubiese sido.

Por desgracia esto es demasiado cierto; pero el asesinato ha roto también para siempre los vínculos del pobre Gallardo con su esposa y sus hijos pequeños, privándolos de su único apoyo quizá.

Cuando aquella preparaba la comida, advirtió con alegría sin duda, que su marido entraba volviendo del trabajo, y sus hijitas, una de ellas de dos años, conducida por la otra de la mano, corrieron á abrazarlo; mas al aproximársele, oyeron con espanto una detonación; le vieron caer en tierra bañado en sangre; y huyeron despavoridas gritando «el patrón ha muerto á papá».

Un mal no se remedia con otro, ni se trata aquí de justificar el talión; pero lo cierto es que el mundo moral gira perpetuamente sobre dos polos, el premio y el castigo, no habiendo otra manera de estimular á los hombres á marchar por el camino de la virtud y abstenerse de los actos criminales que dañan á la sociedad.

Si es un grave mal el que las familias de la víctima y del victimario se vean privadas del apoyo de sus jefes, es preciso hacer de manera que esto no suceda, evitándose la repetición de los delitos con el severo castigo de los que los cometen, tanto, cuanto sea suficiente á arredrar á los malhechores, *de manera que los omes se recelen de lo facer.*— Ley 8ª, tit. 31, P, 7ª.



El Defensor empieza criticando la conducta de la policía en la presente causa, por los defectos de forma que se notan en las declaraciones del sumario; por haberse pedido la suya á la esposa del procesado; y en fin por haberse limitado el registro que en los momentos posteriores al hecho practicó el Comisario, en la casa donde ocurrió, á la pieza de Grile únicamente. En cuanto á los defectos de forma, habrían quedado subsanados, y habrían desaparecido por la ratificación, que los testigos del sumario han hecho judicialmente de sus respectivas declaraciones.

Ningún cargo puede hacerse á la policía por haber solicitado y recibido la declaración de la esposa de Grile; desde que no consta que habiendo rehusado prestarla, se le haya compelido á darla; si no quería hacerla, á ella le tocaba negarse á declarar; pero léjos de esto, aun prevenida en el Juzgado del Crimen, de que no era obligada á declarar, aparece que voluntariamente se ha prestado á hacerlo.

Ella entre tanto debía saber lo que la ley dispone, (Código Civil) artículo 1º, y bien habría podido rehusarse á dar declaración; solamente entonces, si la policía sin respetar esta excepción, la hubiese compelido, habría procedido arbitrariamente: tampoco el reo es obligado á declarar; y sin embargo ningún cargo puede hacerse ni á la policía, ni al Juez del Crimen de que le hayan tomado declaración, desde que no habiéndose negado á prestarla, no ha sido compelido al efecto.

Es enteramente infundada la queja de que el Comisario en la pesquisa que practicó momentos después de cometido el delito, limitase el registro á la pieza-habitación de Grile, pues que solamente sobre él recayeron sospechas; con cuyo motivo se registró su pieza; habiendo esta operación producido un resultado completo, porque allí se encontró la escopeta de dos tiros con que se había dado muerte á Gallardo, balas de igual calibre y fulminantes de la misma clase de los usados; después de esto y descubierto completamente el hecho, nada lo autorizaba á dicho Comisario para molesta-



a los demás habitantes de la casa; y absteniéndose de registrar sus piezas, obró cuerdamente y procedió con la moderación que debía.

La prueba resultante contra el reo es abundantísima y concluyente; por lo que el Fiscal se abstiene de reproducirla remitiéndose á la sentencia, en cuyos considerandos se establecen con exactitud los hechos, y se aducen los respetivos comprobantes, que el Defensor en su expresión de agravios se limita á recapitular; sin que le sea dado desvanecerlos, por mas que consistan principalmente en presunciones.

Para rechazar la imputación de un delito apoyada por pruebas suficientes, no bastaría al reo establecer en absoluto la posibilidad de su inocencia, sin desvanecer en manera alguna, los cargos que pesan sobre él: así es que no es admisible el argumento de que podría haber sucedido, el que mientras el vigilante Ignacio Ferreyra, habiendo reunido á los inquilinos de la casa en que sucedió el crimen, momentos después de haber tenido lugar, los examinaba en el patio, alguien hubiese puesto en la pieza de Grile la escopeta y demás objetos que le fueron encontrados; porque no aparece el mas leve dato que apoye una suposición tan arbitraria (Mittermayer de la prueba en materia criminal, Part. 1<sup>a</sup> cap. 7<sup>o</sup> pág. 60).

Pero ni siquiera se demuestra esa posibilidad pues no consta que Ferreyra reuniese á todos los inquilinos de la casa; y mucho menos que entre ellos se encontrase la esposa del procesado, lo que en esos momentos no tenía objeto, desde que el mismo Grile se encontraba entre aquellos; si se supone que todos los moradores de la casa se hallaban con Ferreyra ¿Quién habría podido trasladar á la pieza de Grile los indicados objetos?

Ferreyra luego que vió que había un cadáver pidió auxilio; concurriendo en el acto otro vigilante, é inmediatamente el Comisario y un oficial. ¿Quién habría podido, pues, en presencia de todos ellos y en tales circunstancias, poner dichos objetos sin que se notase, en la pieza de Grile? ¿Quién



habría querido correr el peligro de que se le encontrase llevando una escopeta de dos tiros, cuando esto habría arrojado sobre él una gravísima presunción, complicándolo en el crimen que se trataba de averiguar?

Habiendo prueba directa y positiva, de que desde muchos días anteriores al suceso hasta pocos momentos antes, y aun en ese mismo instante, el procesado poseía la indicada escopeta, que inmediatamente después de haber ocurrido aquél, le fué encontrada. ¿A qué ocurrir á suposiciones caprichosas, inverosímiles y absurdas, para explicar el hallazgo del arma, que tantas personas han visto en su poder, y con la cual se le ha visto también hacer fuego sobre Gallardo?

---

El Defensor procura asimismo destruir la presunción resultante contra el procesado, é indicativa de un plan premeditado, y resuelto de antemano, fundada en la circunstancia notada con extrañeza, por todos los habitantes de la casa, de que contra la costumbre, la noche del suceso, Grile no encendió luz, siendo él mismo quien solía hacerlo, ni en los faroles de los patios, ni en su propia habitación.

Sobre esto observa que la indicada noche era de luna llena, lo cual hacía innecesaria luz artificial, y así se explica el que no se encendieran los faroles; sin embargo la explicación no satisface de todo punto, pues en ningún caso aquellos dejan de encenderse porque haya luna, y eso debía suceder también en la casa en que vivía Gallardo, cuando todos los inquilinos, á pesar de haber luna, extrañaron el que no se encendiesen los faroles.

Además, el que hubiese luna, no debía ser motivo para que Grile permaneciese á oscuras en su pieza, pues la luz de aquella no podía ser suficiente dentro de esta para cualquier cosa que tuviesen que hacer sus moradores; y con todo tampoco en la pieza encendió luz.

En fin, siendo aquella noche luna llena, se hace mas inverosímil, que el procesado al salir á la calle, no supiese lo



que en la casa había ocurrido, como se lo manifestó al vigilante Ferreyra, porque aparte de que habiendo oído una fuerte detonación de arma de fuego, era natural que procurase saber el resultado, si en esos momentos, según dice, se hubiese hallado en la letrina, al salir á la calle habría tenido que pasar junto al cadáver de Gallardo, que en noche clara no podía dejar de ver, mucho menos estando sobre aviso, y prevenido por la detonación, de que alguna desgracia era de recelarse, y debía procurar darse cuenta de ella.

---

Bien comprende el Defensor seguramente, que no le basta el procurar desvanecer una ó dos de las infinitas présunciones que se acumulan contra el procesado; y observando que los hechos de que se deducen todas, se apoyan en las declaraciones de los moradores de la casa é inquilinos de Grile, ataca en su conjunto esa prueba, y los tacha, por cuanto supone se hallaban resentidos con él á causa de haberles impuesto ciertas restricciones, obligándolos á observar las ordenanzas municipales dictadas con motivo de los celos de peste.

No ha conseguido ciertamente justificar la tacha, y á este respecto hay mucha deficiencia; pero además la causal al mismo tiempo no es legal ni admisible; pues que la enemistad para que inhabilite á los testigos, es necesario que ya que no sea capital, deba al menos considerarse grave, en términos que comprometa la imparcialidad de estos: Ley 22, tít. 16 part. 3ª; lo que no podría admitirse en este caso, porque nadie calumniaría al procesado imputándole un crimen, por haber obedecido una ordenanza que no le era dado dejar de cumplir.

Los inquilinos son testigos tachables, cuando deponen en favor del patron, por la dependencia en que se encuentran respecto de él; circunstancia que neutralizaría en todo caso, el supuesto resentimiento de algunos de ellos; y que sirve de explicación á su conducta.



No deja de ser extraño en efecto, el que habiéndose oído en la casa una gran detonación en las primeras horas de la noche, nadie saliera de su pieza, ni procurase averiguar lo que sucedía, manifestando todos después al agente policial que nada sabían; lo cual solo se explica porque siendo conocido el enojo de Grile con Gallardo y sus amenazas, calcularon sin dnda desde luego, que aquél era el que había hecho el disparo, y no quisieron comprometerse ni atraerse su resentimiento.

Es manifiesto que á los moradores de la casa, inquilinos todos de Grile, no podía convenirles el que éste fuese preso y encausado, pues es claro que no podria continuar el contrato por la casa y todos ellos tendrian en tal caso que salir á buscar nuevo alojamiento, quién sabe en qué condiciones, quizá menos favorables que las que tenían aceptadas y bajo las cuales vivian allí.

---

El Defensor rechaza como insuficiente toda la prueba que ofrece el proceso sobre la criminalidad de Grile, la cual consiste en la declaración de un testigo presencial y en un cúmulo de presunciones graves y concordantes; por mas que, según lo reconoce por necesidad, escasea sobremanera la prueba de descargo, al extremo de hacerse imposible la defensa porque según el principio filosófico, *ex nihilo, nihil fit*.

Respecto á la declaración del testigo presencial, Carmelo Maus, cuya tacha de enemistad no ha conseguido justificar, el cual afirma positivamente, que vió á Grile cuando hizo fuego con la escopeta de dos tiros, sobre Gallardo, apoyándola en la reja de la ventana, observa que es único, y recuerda el proverbio jurídico, *testis unus, testis nullus*.

Efectivamente, ese proverbio ha reinado mucho tiempo en la jurisprudencia; pero el progreso de esta ciencia lo ha rechazado al fin, porque después de bien examinado se ha encontrado que no era fundado: Montesquieu intentó explicarlo, pretendiendo que entre el dicho de un testigo que

afirma y el del reo que niega, se verificaba empate, y ninguno podía prevalecer.

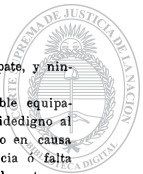
Más tarde se ha observado que no era razonable equiparar la atestación de un hombre imparcial y fidedigno al dicho interesado del reo, que no puede ser testigo en causa propia; quedando así demostrada la insubsistencia ó falta de fundamento del enunciado proverbio; y desde entonces nadie se había animado á repetir. *testis unus, testis nullus*, Bonnier, Tratado de las pruebas, tomo 1º, pag. 388, núm 342, hasta que las necesidades de la defensa lo hicieron recordar esta vez.

---

También en la antigua jurisprudencia, estaba excluida de entre las clases de pruebas admisibles en causa criminal, la de presunciones la cual se contraponía á las demás que se consideraban como pruebas de evidencia, mientras que aquellas no excluyen en absoluto, la posibilidad de error.

Más tarde se cayó en cuenta de la inexactitud de la base fundamental en esta clasificación de las pruebas, puesto que ni aun las aceptadas por legales y suficientes á fundar una condenación, como el dicho de dos testigos, por ejemplo, tampoco producían evidencia, sinó simplemente una certeza moral, la cual á su vez podía provenir también de presunciones.

Vino entonces la distinción entre indicios é inferencias necesarias, que no podían dejar de admitirse por bastante prueba, y respecto de aquellos se distinguió también, la clase de pena que se tratara de aplicar excluyéndoseles, si ésta hubiera de ser la capital, pues es irreparable; pero aceptándose como suficientes para una pena extraordinaria, desde que reuniesen los indicados caracteres, de numerosos, graves y concordantes. Cur. Filip. Part. 3ª prfo. 15 núm. 38—Gomez Var. Res. cap. 12 núms. 25 y 26. Respecto á las presunciones legales, nunca se dudó de que debieran motivar una condenación siempre que no fuesen desvanecidas por el reo.





En la jurisprudencia moderna los indicios resultantes de las circunstancias que preceden acompañan ó subsiguen al hecho se consideran como los testigos mudos que ha colocado la providencia al rededor del crimen, para evitar su impunidad. Se admite también la prueba mixta ó artificial compuesta de varias simples, y aun se la reputa superior en su clase á estas. En fin, se estima por la mejor de todas y menos susceptible de error, la que resultando del conjunto de las circunstancias, produce la certeza moral. Mittermayer, de la prueba en materia criminal pag. 123.

---

· Este sistema se encuentra apoyado por el Código Criminal, que al prohibir únicamente la aplicación de la pena capital por prueba de presunciones (art. 55), permite implícitamente el empleo de cualquier otro castigo sobre esta clase de pruebas, ya se encuentren solas ó mezcladas con otras, formando una demostración artificial por el conjunto de todas.

Para mayor satisfacción, conviene observar en el caso presente que de las numerosas y gravísimas presunciones que pesan contra Grile, no todas son puramente *de hombre*, sino que tiene contra sí la presunción *legal* que robustecida por las otras justifica más y más la resolución condenatoria pronunciada contra él.

En efecto, la ley 11 título 23 Lib. 8<sup>o</sup> R. C. responsabiliza al dueño ó principal de una casa en la que se encuentre el cadáver de una persona muerta violentamente, como autor del homicidio, mientras no demuestre su inculpabilidad por medio de la defensa.

No puede negarse que esta disposición es sobradamente dura, para que pudiera dársele estricta aplicación, pero cuando el dueño de casa lejos de explicar el hecho satisfactoriamente, es convencido de su criminalidad por otras pruebas directas y por otras vehementísimas y abundantes presuncio-

nes, la que consagra la citada ley es robustecida por ellas y juntas justifican de todo punto la condenación.

---

El Juez del Crimen en la sentencia apelada, parece admitir como circunstancia atenuante del asesinato cometido por Grile, la amenaza que su esposa supone haberle hecho Gallardo, por la mañana del día del suceso, cuando fué á cobrarle el alquiler, mostrándole un puñal y diciéndole que era para ella y su marido, si bien advierte que esa circunstancia no influiría en la pena, porque debiendo ser su resultado sustituir la de presidio por tiempo indeterminado á la de muerte; esta aun sin ella, no podría aplicarse por cuanto la prueba del delito es de presunciones.

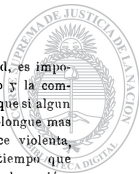
La última observación es exacta sin duda, y ella se deduce también de lo expuesto; pero no lo es el que la indicada amenaza aunque se dé por probada, deba producir atenuación en la pena, pues para que la provocación ó la injuria disminuya la responsabilidad, y lo mismo debe decirse de cualquier otra causa capaz de excitar el furor, ha de ser simultánea ó casi simultánea á la acción porque se comete el delito.

Solo entonces se supone que habiéndose obrado irreflexiblemente, faltó la premeditación; y de ninguna suerte, cuando la provocación ó el agravio hubiesen precedido algunos días ó algunas horas, durante las cuales habría habido lugar á reflexionar; porque la ley no disculpa la venganza, ni considera excusable el rencor.

Los señores Chaveau y Helie después de establecer el indicado principio de que para que la provocación pueda excusar en parte el homicidio ó atenuar su responsabilidad, es necesario que hayan sido casi simultáneos, sin mediar más que algunos instantes, manifiestan positivamente que la excusa sería inadmisibile, si hubiese trascurrido un día ó algunas horas.

«La venganza, dicen, que se ejerce al día siguiente del





ultraje, no es un acto impetuoso que la voluntad, es impo-  
nente é resistir; la reflexión lo ha amortiguado y la com-  
pulsión ha cesado. Nosotros admitimos solamente que si algun  
intervalo puede separar los dos actos, no se prolongue mas  
tiempo, que aquél en que la emoción permanece violenta,  
sin que la reflexión pueda hacerse escuchar, más tiempo que  
el que duren el calor de la cólera y el fuego de la pasión:  
es imposible precisar los grados de este intervalo; pero no  
creemos que en la mayor parte de los casos, puede exten-  
derse más allá de algunos instantes». Teoría del Código  
Penal tomo 4º, página 135, número 1283.

En resumen, el procesado Juan Grile se halla convicto de  
homicidio con premeditación y alevosía, que constituyen el  
asesinato en la persona de D. Pedro Gallardo; delito por el  
cual ha incurrido en pena capital, tanto con arreglo al an-  
tiguo Código, artículo 207, cuanto por el nuevo; artículo 95  
inciso 1º; pero como la prueba consiste en la declaración de  
un testigo presencial y gran número de presunciones vehe-  
mentísimas, no puede aplicarse aquella pena, y debe susti-  
tuirse con la de presidio por tiempo indeterminado: siendo  
por tanto justa, y debiendo confirmarse la sentencia apelada  
que así lo determina.

Buenos Aires, Setiembre 24 de 1885.

---

# VISTA CIX

## ENVENENAMIENTO

### SUMARIO

Relación del hecho.—Se trata en esta causa de la muerte violenta de Juan San Martín, envenenado por su esposa Filomena Maglioli, de acuerdo con su amante Juan Sasano.—El hecho llegó á esclarecerse completamente, pues en la Policía los procesados lo confesaron con todos sus detalles.—Aunque se retractaron ante el Juez, se les interceptó la correspondencia, que revelaba el complot para negar.—A pesar de todo fueron absueltos por el Juez del Crimen, declarando que faltaba como base del proceso el cuerpo del delito.—Esta declaración se fundaba en que no habia sido posible practicarse en oportunidad el reconocimiento médico del cadáver, ni el examen químico de sus vísceras.—Aunque la intervención de peritos es importantísima en causas de esta naturaleza, no puede admitirse en absoluto, que el delito de envenenamiento deba quedar impune por falta de aquella formalidad.—Existe cuerpo de delito, desde que consta el empleo de veneno y la muerte de la persona á quien se suministró, con todos los síntomas de un envenenamiento, correspondientes á la clase del tósigo de que se hizo uso.—Cuadro de esos síntomas según los testigos en el enfermo, y señales en el cadáver.—Explicación de que la enfermedad durase varios días.—El cuerpo del delito no es otra cosa que la realidad del mismo, la cual en el caso de que se trataba, era incontestable.

*Exma. Cámara:* El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la causa criminal, seguida de oficio contra Juan Sasano, Filomena Maglioli y Nicolás Rossi, por envenenamiento de Juan San Martín, que falleció en esta capital el 14 de Enero del año antepasado;





y encontrando de todo punto desacertada y errónea la resolución consultada, viene en solicitar su revocación en la parte que se refiere á los expresados Sasano y la Maglioli, y el que se les declare autores responsables del indicado delito: imponiéndoseles la pena correspondiente á su enormidad.

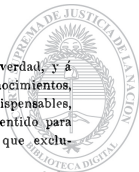
Por todo fundamento para absolverse á estos dos últimos procesados, no obstante que el mismo Juez que pronuncia su absolución, los considera efectivamente autores del delito que se les imputa, se alega en la sentencia de 1ª Instancia, la falta de una formalidad, cual es el reconocimiento médico del cadáver de San Martín y el examen químico de sus vísceras, que no habiéndose practicado en tiempo oportuno, se hicieron imposibles mas tarde.

Esta formalidad, Exma. Cámara, tiene sin duda alguna grande importancia en las causas de la naturaleza de la presente, según lo reconocen unánimemente los prácticos; pero no debe considerarse con todo y en absoluto á tal grado esencial, que sin ella no pueda procederse en manera alguna, y que el delito haya de quedar impune, á pesar de que llegue á esclarecerse de todo punto, y á averiguarse con evidencia.

De otra suerte sería necesario admitir que el envenenamiento cometido en parajes de campaña ó pequeñas poblaciones, donde no existan por lo menos dos facultativos médicos y un Laboratorio de química, habría de quedar siempre impune: lo cual ni se encuentra prevenido en la ley, ni lo enseñan los autores, que solo hablan de la intervención de peritos en las causas criminales cuando sea posible, ni en fin, sería aquella una doctrina razonable y admisible ante el sentido común.

El reconocimiento é informe médicos, tanto en los casos de envenenamiento, como en los de infanticidio y heridas que ocasionan la muerte, son en verdad como se acaba de exponer, muy convenientes para ilustrar al Juez con los conocimientos profesionales; pero no es imposible sin embargo,





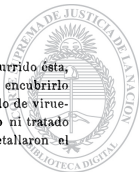
que éste por sí mismo llegue á comprender la verdad, y á adquirir la certeza que necesita; y dichos reconocimientos, por tanto, no se han de considerar á tal grado indispensables, que sin ellos sean inútiles la razón y el buen sentido para descubrir y penar esos delitos, en ciertos casos, que excluyen toda duda.

Cuando un individuo en plena salud, recibe una puñalada, y muere inmediatamente, con reconocimiento médico y sin él, dicta el buen sentido; y así lo reconocen también los prácticos, que debe suponerse haber fallecido de la herida.

Otro tanto debe decirse de un envenenamiento notorio y manifiesto; pues si un individuo, hasta entonces en perfecto estado de salud, como se encontraba San Martín, el 1º de Enero de 1881, bebe un poco de vino; y sin otra causa ostensible alguna, empieza á sentir inmediatamente todos los síntomas de un envenenamiento, fuertes dolores, ardor intolerable, vómitos, convulsiones, etc. que al cabo de pocos días le producen la muerte, desfigurándose completamente en el momento.

Si á esto se agrega que los autores del envenenamiento designados desde luego por las sospechas de sus vecinos, reconocen categórica y detalladamente su delito, con todas las circunstancias; las cuales resultan además, armónicas y en perfecta consonancia con todos los datos que al respecto se han reeogido, no hay en realidad, motivo alguno razonable para dudar del hecho; antes bien, no obstante, la falta de examen pericial, debe considerarse legalmente establecido.

Ahora pues, Exma. Cámara, esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa; porque San Martín estando sano y bueno, según se ha referido, el día 1º de Enero, de un momento á otro, después de tomar un poco de vino, en el cual su propia mujer había echado veneno del que se emplea en las barracas para los cueros, sintió todos los expresados síntomas; y falleció al fin el 14 del mismo; trasluciéndose desde luego, y haciéndose notorio entre los habitantes de la casa, que había sido envenenado.



Denunciado el hecho á la policía; y habiendo ocurrido ésta, aunque al principio los criminales trataron de encubrirlo diciendo la Maglioli que su marido había fallecido de viruela negra: y declarando Sasano no haber conocido ni tratado á esta mujer, bien pronto confesaron todo, y detallaron el complot de que había sido víctima San Martín.

Respecto á los síntomas de envenenamiento, que no permiten absolutamente dudar de él, mucho menos averiguada la procedencia del veneno y constatado su empleo, hé aquí Exma Cámara, los datos que subministran los autos.

D. Juan Malatto, propietario de la casa, declara: que por los inquilinos sabía que Filomena tenía un querido, y que éste había envenenado á San Martín. Que lo vió quejarse de dolores de vientre, revolcándose en la cama, y vomitando varias veces; enfermedad que empezó el 1º de Enero, y concluyó el 14 del mismo, día en que dejó de existir.

Que hora y media después de morir San Martín lo vió con el cuerpo hinchado y la cara ennegrecida. Que Juan Sasano era el querido de Filomena y autor del crimen.

Dña Catalina Mayorca que es la inquilina principal de la casa, dice: que San Martín falleció el 14 de Enero, habiéndolo visto el 1º de dicho mes en la misma casa, algo descompuesto, y que tenía fuertes vómitos, despidiendo en gran cantidad un líquido amarilloso; y que según creen, ella y muchos otros inquilinos, San Martín ha debido tomar algún veneno; sin embargo de que Filomena le decía que lo que había tomado era vino con limonada; pero que después de muerto, vió que se encontraba completamente desfigurado, pues tenía el pecho y la cara morados.

Manuela Santillan que vivía en la misma casa, declaró en la policía respecto á la enfermedad de San Martín, que sabía que el día de año nuevo, éste tomó, según se lo dijo Filomena, media cuarta de vino; y que desde ese momento se enfermó y siguió agravándose.

Que el día 5 de Enero á la noche, siendo las once y media, salió la mujer del enfermo al patio; y dijo que su marido



se moría; saliendo él también en ese momento, y manifestando que tenía algo dentro del pecho que le quemaba, revolcándose en el suelo; por lo cual presumía hubiese sido envenenado.

Carmen Sanchez declara en todo, respecto á la enfermedad de San Martín y sus síntomas, correspondientes sin duda alguna á los efectos de un veneno corrosivo, en perfecta conformidad á lo referido por Manuela Santillan; creyendo como ella, que aquel individuo había sido envenenado.

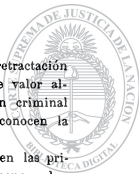
En fin, la misma Maglioli refiere en su declaración, que solamente una noche su marido se levantó de la cama; y que no recuerda que día fué cuando se tiró de ésta, dando gritos de que sentía fuego en el pecho y en el corazón: y que se levantaba y caía en el suelo.

¿Qué motivos serios tiene, pues, el Juez del Crimen, para dudar de que efectivamente San Martín falleció envenenado, como lo reconocieron y confesaron detalladamente en la Policía, Sasano y la Maglioli?

¿Acaso el haber durado la enfermedad catorce dias? Pero esto tiene una explicación clara y sencilla: la Maglioli no quiso producir súbitamente la muerte de San Martín, con síntomas manifiestos de envenenamiento; porque esto debía necesariamente, despertar sospechas en los vecinos, y atraer la intervención de la autoridad.

Le ha suministrado pues, el veneno á cortas dosis, haciéndolo aparecer enfermo; y aún llamó médico, aunque según éste refiere, se negó sin embargo, á indicarle los antecedentes de la enfermedad; y seguramente, en vez de curar al enfermo, lo remató con una nueva dosis mas fuerte, cuando lo creyó oportuno.

El Fiscal, Exma. Cámara, no se demorará á demostrar la criminalidad de dichos procesados, constante y evidenciada por sus declaraciones en la policía, perfectamente armónicas y de todo punto acordes; pues aunque las hayan retractado después, se ha averiguado también por la correspondencia



que se les ha interceptado en la cárcel, que la retractación del todo inmotivada y á la cual no puede darse valor alguno, era el resultado de una nueva combinación criminal aconsejada por uno de tantos abogados, que no conocen la importancia de este título y no saben respetarlo.

Todas las circunstancias y detalles contenidos en las primeras declaraciones de Sasano y la Maglioli, concuerdan perfectamente con el mérito general del proceso; y por el contrario para sostener su negativa, aquellos se han visto forzados á mentir descaradamente; habiéndoselos tomado en mil contradicciones.

Resultan completamente demostradas las relaciones amorosas que mediaron entre Sasano y la Maglioli, á quien aquél visitaba con frecuencia, especialmente, cuando no se hallaba en casa su marido, el cual con mucha razón vivía celoso de él.

Sasano rondaba la casa de Filomena. Tuvo serios disgustos con San Martín. En el acto de fallecer éste le mandó á la viuda doscientos pesos, y esa misma noche fué á verse con ella mientras velaban el cadáver; y no faltó quien observase que procuraba separar de éste sus miradas; siendo de tenerse presente que en casos tales, el adulterio es una presunción fuertísima del homicidio.

No hay para que detallar las contradicciones repetidas y frecuentes de los procesados, pues son tan numerosas como manifiestas, resultando á la simple lectura del proceso y por poco que se reflexione sobre su contenido.

Sasano pues, y la Maglioli, cuya criminalidad, según lo expuesto, no puede ponerse en duda ni por un momento deben ser considerados co-autores de la muerte de San Martín por medio de veneno, que el Código Penal clasifica de asesinato, y castiga con pena capital en los artículos 207 y 210.

Habiendo trascurrido sin embargo, durante la prosecución de la causa, más de dos años, en conformidad á lo dispuesto en el art. 172, la indicada pena debe subrogarse por la de presidio ó penitenciaria por tiempo indeterminado.

En cuanto al procesado Nicolás Rossi, que proporcionó á Sasano el veneno que empleó la Maglioli para matar á su marido, habiendo negado que conociera el objeto á que se le destinaba: lo cual tampoco resulta comprobado á pesar de la sospecha que arroja el haber negado también al principio, el hecho de que subministró el veneno, el Fiscal es de sentir que no está demostrada legalmente su complicidad; y que en consecuencia, debe ser absuelto.

---



# VISTA CX

## TENTATIVA DE INCENDIO

### SUMARIO

Relación del caso.—Se trata del incendio de una tienda producido ex profeso por el dueño, á causa del mal estado del negocio.—Habiendo sido observado muy al principio, los agentes de seguridad impidieron su desarrollo; y el daño realmente ocasionado fué pequeño.—Estando confeso el reo del delito, resulta también indiciado de estafa y defraudación de valores considerables —A pesar de todo la sentencia de primera instancia dá por compurgado suficientemente el delito con la detención preventiva. —Se impugna esta resolución: el que incendia una tienda, puede considerarse que incendia también el edificio que la contiene, y cae de consiguiente bajo la disposición del art. 210 de Código Penal.—Como se haya de entender y aplicar la disposición del art. 211 que impone de tres á seis años de penitenciaría, cuando el valor de lo incendiado exceda de quinientos pesos?—Castigándose la mera tentativa de incendio por el art. 213. con prisión de uno á tres años, no puede admitirse razonablemente, que el hecho realizado se castigue con menor pena.—Aun admitida la penalidad determinada en la sentencia, el delito no se hallaría todavía compurgado, como en ella se supone; debiendo por tanto reformarse esta en el sentido de lo que se indica.

*Exma. Cámara:* Como á las once y media del 25 de Noviembre del año 1886, el vigilante de policía, Cruz Romero, de facción en la esquina de las Calles Piedad y Montevideo fué prevenido de que en la tienda situada en la última de dichas calles, núms. 103 y 103 1/2. había fuego; y habiéndose cerciorado de la verdad de la denuncia tocó auxilio. y dió aviso al departamento de bomberos.





Inmediatamente ocurrió el comandante Calaza con algunos de los soldados á sus órdenes que unidos á los agentes de policía que se habían reunido, después de forzar las puertas de la tienda, consiguieron en pocos minutos apagar el incendio que recién empezaba; siendo poco, de consiguiente el daño ocasionado, cuyo valor, segun parece, no alcanza á cien pesos.

Terminada dicha operación, los agentes de la autoridad que en ella habían intervenido, como otras personas que concurrieron también, notaron señales manifiestas de que el incendio había sido producido intencionalmente; pues se encontraron varias vasijas conteniendo aguardiente y cabos de velas estearinas, hallando géneros empapados ó rociados cen aguardiente y colocados de manera de ser conductores de las llamas hasta el techo, desde donde se hallaban dichas vasijas, que habían sido puestas debajo de los estantes.

La circunstancia de haber sido preparado á designio el incendio, y de encontrarse cerradas con llave las puertas de la tienda, suscitó naturalmente sospechas contra sus propios dueños, que lo eran Agustin y Juan Cagnoni, los cuales tenían como dependiente habilitado á Bartolomé Rostagno; y por esta causa fueron, desde luego, constituidos en arresto.

Al principio negaron todos ellos tener conocimiento alguno de la manera en que se hubiese producido el incendio, manifestando además no abrigar sospecha alguna sobre quien fuera su autor; pero más tarde el procesado Agustin Cagnoni haciendo llamar al Comisario de policía, confesó haber sido él mismo, autor del incendio, el cual habíalo producido á causa del mal estado del negocio; pues tenían muchas deudas y las existencias solo alcanzarían á doce mil nacionales.

Que una vez resuelto á quemar la tienda, había destruido los libros del negocio y echádoslos á la basura; pues el declarante no se hallaba en estado de restituir los valores de que había dispuesto para diversiones y gastos personales.

Es de observarse que según las declaraciones de los dos socios del procesado, su hermano Juan Cagnoni y el



habilitado Rostagno, hasta dos días antes del incendio existía en la caja colocada en una piecita contigua á la tienda, una suma de dos á cuatro mil nacionales, que no se han encontrado después del incendio, y que indudablemente sustrajo el procesado, que tenía las llaves de dicha caja.

Bien, pues, como lo notará V. E., Agustín Cagnoni es responsable del delito de incendio, se encuentra indiciado de estafa á sus propios socios, de una suma de consideración y confiesa haber intentado defraudar á sus acreedores, por cantidades que no se conocen, pero que ciertamente excedían el valor de las existencias calculadas en doce mil nacionales.

Los socios han declarado que el negocio no se encontraba asegurado, pero, es posible que esta afirmación fuese falsa; y que en realidad haya habido el propósito de defraudar á alguna compañía de seguros; lo cual, sin embargo, no se ha tratado de indagar, como no se ha procurado tampoco descubrir el estado del negocio y á cuánto ascendiesen las deudas.

Nada de esto se ha indagado, aunque se trataba de un delito bien grave en concepto del Fiscal: el procesado so pretexto de que alguna vez había estado enfermo, obtuvo el privilegio de permanecer en la policía. A los cuatro meses fué encarcelado bajo fianza; y ahora, por la sentencia consultada se declara ya compurgado el delito con la prisión sufrida.

El Fiscal, Exma. Cámara, creería faltar fuertemente á su deber, conformándose con semejante resolución, que en su concepto importa la impunidad de un delito atroz y muy frecuente, que requiere, por tanto, un ejemplar escarmiento, capaz de retraer á los que especulan en el lucro por medios tan indignos y tan infames; tanto más cuanto que comprende que dicha resolución, la mas extraña é inconveniente, proviene solo de la equivocada inteligencia y estraviada aplicación que se dá á las disposiciones del nuevo código acordes en lo sustancial con el antiguo.

Por el art. 210 del Código vigente que el juez *á quo* con-





sidera más favorable al reo, que el anterior, se impone la pena de seis á diez años de presidio, ocho en término medio, al que incendie cualquier edificio situado dentro de una población.

Ahora bien, Exma. Cámara, el que incendia una tienda existente en un edificio situado en poblado, es evidente que incendia el edificio mismo, porque no puede arder y consumirse la tienda, sin que se incendie también el edificio como ha sucedido efectivamente en el caso presente, en que desde luego, había empezado á arder el cielo-raso.

Por el art. 211 se impone al incendiario de objetos no comprendidos en los anteriores, la pena de tres á seis años de penitenciaria, si el valor de lo incendiado excede de *quinientos pesos*.

Bien, pues, cuando supusiéramos que no puede tener aplicación al caso presente, la indicada disposición del artículo 210, la cuestión legal debería plantearse preguntándose ¿que fué lo que incendió Agustin Cagnoni? siendo manifiesta la contestación, á saber, una tienda de géneros para vestidos, valor de *doce mil nacionales*, mas ó menos.

El juez del crimen interpreta, pues, de un modo equivocado el sentido del mencionado artículo 211, al considerar que en la graduación de la pena, lo que aquel tiene en vista es el valor del perjuicio causado efectivamente, cuando esto no es así sino que, la base de la penalidad, según dicho artículo es en realidad, el valor del objeto incendiado, ya sea que llegue ó no, á quemarse y destruirse enteramente.

Por el artículo 213, se castiga la mera tentativa en el delito de que se trata, consistente en ser sorprendido el reo, en cualquier *preparativo conocidamente destinado para incendiar* con la pena de uno á tres años de prisión, término medio, dos años.

Si pues, Cagnoni hubiese sido sorprendido en el acto de colocar vacijas llenas de aguardiente y con cabos de velas esterinas debajo de los estantes de la tienda, de rociar y empapar en aguardiente algunos géneros, que colgaban de



manera que la llama subiese fácilmente á la parte superior, es evidente que según el precitado artículo 213 del Código Penal vijente, debería haber sido castigado con dos años de prisión.

Esto supuesto, pregunta en seguida el Fiscal, si la circunstancia de no haber quedado el hecho solo en preparativos, sino de haberse llegado á producir realmente el incendio, ¿podrá considerarse como atenuación?

El hecho realizado, cualquiera que fuese el resultado, ¿podrá castigarse razonablemente, con menor pena, que la mera tentativa, más ó menos próxima? Seguramente que nó.

Resulta, pues, de aquí que en el caso mas favorable al reo, la pena que corresponde, no puede en manera alguna bajar de dos años de prisión; y que de consiguiente, jamas podría tener aplicación al caso *sub-judice* la disposición del inciso 3º del artículo 211 del Código Penal, que impone únicamente la pena de arresto, si el valor de lo incendiado no pasa de cien pesos.

Por último, Exma. Cámara, aun admitida hipotéticamente la inteligencia que el Juez del Crimen da al precitado art. 211 y la aplicación que hace al caso presente, del inciso tercero, siempre resultaría equivocada la resolución consultada.

Efetivamente, el arresto según el nuevo código, dura de un mes á un año; siendo su término medio, seis meses y medio, el cual debe emplearse en regla general, segun el artículo 52 del mismo código, á no mediar circunstancias que atenuen ó agraven el delito, en los que se castigan con penas divisibles por razon del tiempo ó de cantidad.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia dá por compurgada esta pena, suponiendo que el reo ha sufrido ya cuatro meses de prisión; pero esto no es exacto, porque lo que resulta del proceso es, que ha sufrido cerca de cuatro meses de arresto en la policia, faltándole en todo caso para cumplir la pena, más de dos meses y medio.

En virtud de las consideraciones espuestas, que inducen

al Fiscal á disconformarse con la resolución consultada, viene en solicitar de V. E. su reforma y el que la pena se eleve cuando menos, á dos años de prisión, computada la preventiva, en la forma que corresponda.

Buenos Aires, Setiembre de 1887.

---



# VISTA CXI

## PROCESO MASSIOTTI-ALMIRON

### SUMARIO

—Generalmente hablando del empleo de arma mortífera y de la repetición de los actos, puede deducirse la intención de matar, mucho más existiendo antecedentes de enemistad—Estas condiciones se reúnen en el hecho de que se trata: sin embargo la provocación que recibió el procesado, después de repetidas amenazas de ser públicamente escarnecido, persuaden que obró con irreflexión.—Habiéndose propuesto solo evitar á toda costa el ser estropeado, no puede atribuírsele la intención determinada de matar al disparar el revólver contra su adversario.—El acto aunque ineliberado fué temerario é ilegal; y si hasta cierto punto admite disculpa, no puede sin embargo justificarse.—No debe confundirse la provocación con el ataque, ni es agresor el que insulta primero, si no el que emplea la violencia;—En el caso *sub-judice*, hubo atroz provocación al procesado; pero cuando descargó aun no había sido atacado;—Tampoco es el caso previsto en la ley de Partida, porque Almiron no llegó á sacar armas, ni las tenía—El delito debe ser clasificado y penado como de lesiones con la circunstancia atenuante de la provocación; si bien las disposiciones del nuevo Código, siendo favorables deban aplicarse retroactivamente, aquellas se han de considerar en su conjunto;—No debe por tanto computarse al reo la prisión preventiva aunque el nuevo Código la compute, porque siendo en el caso, más severa que la pena que él impone la del antiguo, no hay lugar á su aplicación.

*Erma. Cámara.* El Fiscal en la causa seguida contra Antonio B. Massiotti por heridas inferidas á D. Alberto H. Almiron, espidiéndose en la vista comunicada y contestando





la expresión de agravios hecha por el defensor, de la sentencia que condena al procesado, como autor responsable del referido delito á la pena de seis meses de prisión, dice; que en su concepto, esta resolución es arreglada; y debe confirmarse no obstante lo alegado en contrario.

Generalmente hablando, Exma Cámara, del hecho de dispararse á boca de jarro, cinco tiros de revólver contra una persona, causándole cuatro heridas, podría deducirse fundamentalmente la presunción de haber existido en el autor de ese hecho, la voluntad directa y manifiesta de causar la muerte.

Tal es el suceso que motiva esta causa: sin embargo, en el caso presente son tantas las razones que obligan á suponer que el procesado debía encontrarse en extremo irritado y exasperado contra Almiron: tales y tan especiales son las circunstancias que rodearon el hecho, que en gran parte neutralizan y desvanecen esa presunción, haciendo ver que Massiotti obró poseído de furor sin culpa suya, sin tiempo para reflexionar y bajo el apremio del temor, por el peligro inminente de ser abofeteado, afrentado y humillado en público.

Es constante, Exma. Cámara, aun cuando no se hayan indagado del todo, ni estableciéndose bien los antecedentes, que Almiron abrigaba desde mucho tiempo atrás la más cruel prevención contra Massiotti, al cual había cobrado una ojeriza mortal tratando sin cesar de vilipendiarlo y humillarlo en público, á cuyo efecto lo provocó en diversas ocasiones.

Massiotti no dejó cosa por hacer para dar solución decorosa á una situación tan azarosa y tan violenta para él, llegando en esto hasta el extremo de recurrir á medios censurables ciertamente, ante la moral y ante la ley, pero que pudiesen satisfacer el ódio de su adversario; sin conseguirlo no obstante, pues sus gestiones no dieron otro resultado que nuevos insultos de parte de Almiron y la formal amenaza de afrentarlo en público, abofeteándolo, con lo que el procesado debía andar en extremo prevenido y receloso.

El día del suceso de que ahora se trata, se encontraron



por desgracia en la calle; y Almiron despues de pasar por el lado del otro, adelantándose mas de media cuadra, retrocedió en busca de Massiotti, que sin duda alguna debió persuadirse de que Almiron trataba de realizar su amenaza; mucho mas, cuando habiendo él atravezado la calle, aquel le siguió hasta la vereda de enfrente.

En tales circunstancias, según espone el procesado, y por cierto no es inverosímil, viéndole hacer á Almiron alguna acción sospechosa, que acabó de persuadirlo de ser llegado el momento en que iba á ser abofeteado en pleno día y en una de las calles mas concurridas, perdió el tino; le abandonó la reflexión; y sacando su rewolver, descargó todos los tiros sobre su adversario.

Obró ciertamente de un modo ilegal; procedió con temeridad; y el hecho no es de todo punto disculpable, como lo pretende el defensor de Massiotti; pero las circunstancias inducen á creer sin embargo, que sin existir en aquel el propósito decidido de matar, al disparar su rewólver, lo que se propuso fué únicamente, librarse á toda costa, del atroz vejamen de que iba á ser víctima ya fuese matando, hiriendo, inutilizando, ó intimidando á su adversario, es decir, sin una intención directa; pero aceptando el resultado cualquiera que fuese.

En esta consideración, es que el Fiscal admite como acertada la clasificación del delito, que hace la sentencia de 1ª Instancia, al responsabilizar á Massiotti no por tentativa de homicidio, sino simplemente, por las lesiones que causó á Almiron; y reconocer todavía la circunstancia atenuante de haber sido provocado de una manera grave.

Pero no se puede ir sin embargo más adelante, ni aceptarse como pretende el defensor, que el procesado obrase en legítima defensa; sin que deba responsabilizársele tampoco por cualquier exceso que hubiere existido en el ejercicio de ese derecho, el cual exceso habría sido producido solo por el espanto, lo apurado del lance y la falta de reflexión.

El defensor en esta parte de su esposición, confunde la



provocación con el ataque, siendo con todo, cosa muy diversa: porque mientras la primera atenúa solo la responsabilidad del reo, el segundo puede suprimirla enteramente; y aun hacer que se prescinda, por las razones indicadas, del exceso en el ejercicio del derecho de legítima defensa.

Si bien es cierto que Almiron tenía exasperado á Massiotti de todas maneras, y que en los momentos mismos que precedieron al suceso que motiva esta causa, lo provocó de nuevo, con ánimo probablemente de estropearlo, la verdad es, sin embargo, que aun no había producido el ataque, y que por consiguiente, no era llegado el caso de la defensa contra una agresión, que pusiera en peligro la vida ó el honor.

En una ríña no se tiene por agresor al primero que insulta de palabra, sino al que recurre á las vias de hecho iniciando el ataque, sin el cual es inadmisibile el empleo de la violencia, pues no se produce el estado de legítima defensa, que segun los principios de la jurisprudencia criminal, empieza y concluye con el ataque.

La ley de Partidas parece no obstante avanzar algo más la doctrina, al declarar, como lo hacía, que cualquiera viendo venir contra sí á su enemigo, en ademan hostil, y armado de espada, lanza, palo ó piedra podía desde luego, proceder lícitamente contra él en su defensa, sin esperar á que el otro lo hiriese primero.

Mas como puede notarse en los términos con que la ley se espresaba, exijia por lo menos la exhibición de armas en el propósito manifiesto, é indudable de hacerse uso de ellas; lo que no ha sucedido en el caso *sub-judice*, pues que ni Almiron llegó á sacar armas, ni habría podido hacerlo tampoco, porque no las llevaba.

Por último, no es fundada la queja del defensor, de que la sentencia apelada no compute como parte de la condena, el tiempo de prisión preventiva sufrida por el procesado, á pesar de que el nuevo Código Criminal ordene computarla;

y mande tambien que las prescripciones favorables al reo se apliquen con efecto retroactivo.

El Juez del Crimen se ha regido en el caso, por el antiguo Código, que no computaba en la condena dicha prisión preventiva, sinó en lo que escediese de seis meses; y en ello la resolución apelada procede con acierto, ya por haber sido el antiguo Código, el que se hallaba vigente al tiempo en que el delito se cometió, cuanto porque la pena que determinaba, era mucho más suave y benigna que la que establece el nuevo, en conformidad á cuyas disposiciones, dicha pena no habría podido bajar de dos años de prisión.

Las consideraciones espuestas justifican de todo punto, á juicio del esponente, el acierto y equidad de la resolución apelada; demostrando á la vez, que no son fundadas ni atendibles las observaciones, que contra ella aduce el defensor en su escrito de expresión de agravios, á que contesta el Fiscal.

Este concluye por tanto, solicitando se confirme sin modificación alguna, el fallo de 1ª instancia.

Buenos Aires, Agosto 22 de 1887.





## HERIDAS Á QUE SE SIGUIÓ LA MUERTE

## SUMARIO

En el que infiere lesiones, se supone existir dolo indeterminado—Debe por consiguiente responsabilizársele por el resultado—En esta virtud si el herido fallece, se le considera y castiga como homicida.—Para que esta doctrina tenga aplicación, es necesario sinembargo, que conste que el paciente ha muerto de la herida.—División de las heridas en mortales por necesidad, por lo común ó sólo por accidente: en este último caso el reo sólo responde de la lesión que causó.—Opiniones de Gutierrez y de Goyena.—El Código Penal anterior contenía declaraciones, que obviaban muchas cuestiones derivadas de esta división.—Requería con todo, el que constase que la herida hubiese sido causa eficiente de la muerte—habiendo sido suprimidas en el nuevo Código aquellas declaraciones, hay que estar á los principios generales de la jurisprudencia criminal—Se demuestra que en el caso *sub-judice*, aunque conste el fallecimiento del herido, no puede afirmarse que este fuese consecuencia directa y necesaria de la herida.—En el informe del médico de Policía, la herida sólo se clasificó de grave, calculándose su curación en veinticinco dias.—El médico de los Tribunales informó después del fallecimiento del herido, haber sobrevenido una inflamación difusa y en seguida gangrena.—Aún cuando expresa que este accidente es frecuente, no declara que sea efecto ordinario, ni que suceda las más veces, *ut plurimum*.—Al decir que la herida fué causa ocasional de la muerte, manifiesta con claridad, que no la considera causa eficiente.—En consecuencia el reo no es responsable de homicidio; y debe revocarse la sentencia que lo castiga por este delito.—La pena que se ha de imponer, es solamente, la que corresponda á las lesiones.





*Exma. Cámara:*—El Fiscal en la causa seguida contra José Panusio, por herida inferida á Cayetano Desalvo, el cual falleció más tarde, espidiéndose en la vista comunicada, y contestando la expresión de agravios, dice: que en su concepto y por las razones que espondrá, debe reformarse efectivamente, como lo solicita el Defensor, la sentencia apelada, en el sentido de lo que indicará.

Si bien es cierto, Exma. Cámara, que en el delito de heridas ó lesiones, se supone fundadamente existir por parte de su autor, dolo indeterminado, en cuya virtud debe responsabilizarle por el resultado, cualquiera que sea, pues lo tenía aceptado de antemano, con todo, si falleciese el herido, no puede imputarse al agente el delito de homicidio, sinó á condición de que, la muerte haya sido consecuencia necesaria ó al ménos ordinaria de la herida; porque sólo en este supuesto, puede decirse con verdad y propiamente hablando, que ese funesto suceso ha sido el resultado de la lesión.

Debería por tanto juzgarse en sentido contrario, desde que la herida no hubiera sido de suyo mortal, sinó que dicho resultado hubiese sobrevenido solamente por algún accidente; en cuyo caso fuera injusto suponer en el reo intención de cometer un homicidio é imputárle este delito.

Un simple araño, si por accidente sobreviniese el tétano, podría seguramente producir la muerte; más en tal caso ésta no puede considerarse consecuencia de la lesión; porque evidentemente viene á ser sólo, resultado de la combinación casual con una causa estraña.

De aquí la conocida distinción de las heridas, aplicable al caso de que el paciente falleciera, en necesariamente mortales, mortales por lo común, y en fin mortales por accidente.

Respecto á estas últimas, aunque el herido falleciese, ningún criminalista considera á su autor responsable de homicidio, sinó solamente de la lesión que causó, la cual para graduarse la pena del delito, debe ser estimada en sí misma,



y con prescindencia del resultado fatal que casualmente hubiese producido.

Hablando Gutierrez de la manera en que deben redactarse los informes médicos concernientes al reconocimiento de heridas, dice: «También ha de expresarse con todo cuidado, como importantísimo en los procesos criminales, si la herida ó las heridas han sido verdaderamente la causa de la muerte; porque si se origina el fallecimiento, no por la herida sinó por otra causa, no debe ser responsable de éste el aresor.» *Práctica Criminal*, tom. 1°, pág. 155, n° 68.

En iguales términos se explica al respecto el Dr. Goyena: «Cuando de las heridas, dice, no resulta la muerte del herido, hasta algún tiempo después, deberá considerarse el delito como homicidio, si las heridas fueron por su naturaleza mortales, y como delito de heridas, si la muerte fué ocasionada por falta de asistencia ú otra causa independiente de aquellas.» *Tom. 5º*, pág. 284, n° 316.

Verdad es, Exma. Cámara, que el art. 205 del C. Penal que hasta hace poco nos ha regido, ampliando y estendiendo sobremanera, la responsabilidad del reo por las heridas ó lesiones que causó, con una serie de resoluciones más ó menos fundadas, pero que venian á cortar otras tantas cuestiones hasta entonces agitadas en el foro, apenas dejaba lugar á la aplicación de la referida doctrina.

Cierto es también que el art. 196 establecía en general, «que quien ejecutase un acto capaz de poner en peligro la vida de cualquiera, si en efecto tuviese lugar la muerte, debería ser considerado como reo de homicidio simple.»

Sin embargo esta declaración, al parecer demasiado lata, venia á quedar restringida por la del art. 205 que para reputar mortal una lesión ó herida, exigía positivamente, que ella hubiera sido *la causa eficiente de la muerte*.

Tales antecedentes con los artículos en que se contenian, han desaparecido en el nuevo Código; y esta circunstancia que deja librada absolutamente la resolución del caso á los principios generales de la jurisprudencia criminal, nos impone



la necesidad de recurrir á la espresada distinción, que viene á quedar de nuevo en todo su vigor.

Ahora bien, haciendo aplicación de ella en el caso presente, resultaría que no es acertada la sentencia de que se ha apelado, en cuanto prescindiendo de todo punto de la clasificación médico-legal de la herida inferida á Desalvo, y teniendo únicamente en consideración que éste al fin falleció, declara al reo responsable de homicidio, y lo castiga como tal.

Según el informe corriente á f. 1<sup>a</sup>, del médico de Policía, Dr. Blanco, la herida inferida por Panusio, debía ser, y fué clasificada solamente de grave; calculándose en veinticinco dias, el tiempo necesario para su curación.

A fs. 55 se registra el informe del médico de los Tribunales, Dr. Julian Fernandez, expedido después de la muerte de Desalvo; y según ese informe, este suceso fué el resultado de una complicación que sobrevino, á saber, la inflamación aguda y difusa, que termina siempre por gangrena y supuración.

Aun cuando el mismo informe manifiesta que esta complicación era de temerse, siendo muy frecuente la absorción purulenta, no espresa con todo que ella pueda considerarse como el resultado ordinario de aquella clase de heridas.

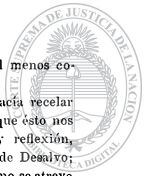
Lejos de afirmar que la muerte de Desalvo haya sido consecuencia directa y necesaria de la herida que recibió, concluye por el contrario estableciendo que ésta solo ha sido *la causa ocasional* de la muerte; de lo cual se deduce claramente, que no ha sido *la causa eficiente*, según lo requería en términos espresos, como lo hemos visto antes, la ley penal vigente al tiempo en que el delito se cometió.

Se deduce de lo espuesto, Exma. Cámara, en el proceso de que se trata, que si bien consta legalmente que Desalvo falleció, después de habérsele inferido una herida, no hay mérito suficiente sinembargo, para establecer como lo supone implícitamente, la sentencia apelada de 1<sup>a</sup> instancia, que la muerte fuese consecuencia necesaria ú ordinaria de la

herida, la cual debiese considerarse esencial, ó al menos comúnmente mortal.

Solo resulta en verdad, que fué grave y que hacía recelar una complicación bastante frecuente, pero sin que ésto nos autorice á afirmar, procediendo con prudencia y reflexión, que ha sido la causa eficiente del fallecimiento de Desalvo; desde que el facultativo últimamente consultado, no se atreve á tanto, y solo la clasifica de causa ocasional.

Síguese de lo espuesto, Exma. Cámara, que el procesado no puede en justicia, ser declarado autor de homicidio, ni castigado como tal; debiendo penársele únicamente, como responsable de una herida grave, que sin el accidente ocurrido, por desgracia, habría podido curar en veinticinco dias: en cuyo sentido corresponde á juicio del Fiscal, que se reforme la sentencia apelada.



**EL ROBO SEGUN EL ANTIGUO Y EL NUEVO CÓDIGO PENAL****SUMARIO**

La sentencia apelada clasifica ido por robo el delito, le imponía como pena seis años de penitenciaria. Esta resolución era arreglada á las disposiciones del antiguo Código, que consideraban robo toda sustracción con violencia en las puertas ó muebles.—El nuevo Código exige fractura o violencia para penetrar al lugar en que se intenta robar.—La fractura en los muebles solo se considera circunstancia agravante.—En consecuencia, en el caso de que se trata varía la clasificación del delito.—Siendo esa variación favorable á los reos, debe aplicarse el nuevo Código.—El delito se ha de considerar, pues, como hurto con circunstancias agravantes.—Circunstancias que lo agravan efectivamente.—Excediendo el valor de quinientos pesos, el hurto generalmente se castiga con dos años de prisión.—Mediando dichas circunstancias, debe emplearse el *máximum* de la pena, á saber, tres años de prisión.—La sentencia apelada debe modificarse en el sentido de lo expuesto.

*Erma. Cámara:*—El Fiscal en la causa seguida contra Gaston Chevaniz y Leon Lagier por robo de alhajas y dinero, valor de cuatro mil nacionales más ó ménos, hecho á doña Elisa Cerf Levy, en esta capital, el 26 de Diciembre del año antepasado, expidiéndose en la vista comunicada, y contestando á la expresión de agravios hecha por los defensores, de la sentencia pronunciada en primera instancia, que declara á los procesados autores responsables del referido delito, y



los condena como tales, á la pena de seis años de penitenciaría, dice: que aunque esta resolución es arreglada á las disposiciones del Código criminal, que regía en la época en que fué dictada y al tiempo de cometerse el delito, en virtud de las prescripciones del nuevo Código que favorecen á los reos, y que por lo mismo deben aplicarse retroactivamente, confirmandose la expresada resolución en cuanto declara la culpabilidad de aquellos, debe modificarse, sin embargo, en cuanto á la clasificación del delito y la pena que corresponde, en el sentido de lo que expondrá.

Comprobado, Exma. Cámara, legalmente el cuerpo del delito, por el hallazgo de la mayor parte de las alhajas robadas en poder de Lagier, y convictos ambos procesados de su culpabilidad en el hecho de que se trata, por un cúmulo de presunciones que los condenan irremisiblemente, se encuentran además confesos de haber obrado de perfecto acuerdo, convenidos desde muchos días antes, en el plan de robar á la señora Cerf Levy las mencionadas alhajas, cuyo valor se habían distribuido.

Nada importa, por tanto, para la clasificación jurídica del carácter en que han de ser considerados, el que se contradigan, sin haberse podido averiguar la verdad á punto fijo, sobre cuál de ellos fuese ejecutor material del referido plan; aunque lo mas probable á este respecto, es que dicho plan fué concebido por Chevaniz, quien viviendo en la misma casa de la señora Cerf Levy, poseía toda su confianza, conocía las alhajas, y sabía también dónde se guardaban, el cual buscó la cooperación de Lagier, y le propuso el proyecto que éste aceptó y realizó al fin, falseando con un formón el ropero en que se guardaban las alhajas, en cuya operación se lastimó un dedo.

Nada importa, decía, la falta de esclarecimiento sobre la indicada circunstancia, respecto á la determinación del carácter en que han obrado los procesados; desde que tanto el antiguo Código criminal, art. 39, como el nuevo en el art. 25, clasifica por complot el acuerdo de dos ó más personas



para la realización de un plan criminal. ofreciéndose mutua ayuda en un interés común; y declara coautores á los miembros de tal complot, castigándoles en regla general con la misma pena.

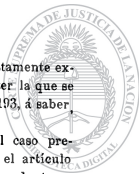
En cuanto á la clasificación del delito como robo propiamente dicho, y tomada esta palabra en la acepción legal, que le dá la sentencia apelada, ella se arreglaba ciertamente á lo dispuesto en el art. 319, del antiguo código, inciso 2º que consideraba robo la sustracción con fractura de puerta, ventana ó muebles con cerradura, y que en caso de exceder el valor de quinientos pesos, lo castigaba con seis años de presidio ó penitenciaría, pues es evidente que en el caso *sub-judice*, fué violentada la cerradura del ropero que contenía las joyas sustraídas.

Pero como el nuevo código en el art. 190 tratando del robo con violencia en las cosas, para clasificarlo de tal, en los incisos 2º y 3º, requiere que haya fractura de puerta, ó ventana, á fin de penetrar en el edificio, ó bien el que se emplee ganzúa, llave falsa ú otro instrumento, para introducirse al lugar donde se intente robar; lo cual no parece haber sucedido en el caso presente, pues no se acredita haber sido violentada la puerta que daba entrada á la habitación, debe variar seguramente la clasificación del delito, y considerársele solamente por hurto.

El art. 48 declara en efecto que las leyes que se dictaren más benignas respecto de las anteriores, y de consiguiente favorables al reo, deben aplicarse con efecto retroactivo: en el caso de que se trata, resulta haberse falseado con un formón el ropero en que se guardaban las alhajas; pero esta circunstancia que el inciso 17 del art. 84 considera solo como agravante, no basta á desnaturalizar el delito.

Sentado el indicado principio de que el nuevo código es aplicable en lo que favorezca á los reos, con efecto retroactivo; y establecida conforme á sus disposiciones, la clasificación legal del delito materia de esta causa, como hurto, la pena que corresponde á sus autores, en atención





al valor de los objetos sustraídos, que manifiestamente excede con mucho de quinientos pesos, viene á ser la que se encuentra determinada en el inciso 2º del art. 193, á saber, de uno á tres años de prisión.

Ahora ¿cómo debe graduarse esta pena en el caso presente? Aunque en regla general se declara en el artículo 52, que en las penas divisibles por tiempo, debe adoptarse el término medio, previene también, sin embargo, que este se ha de aumentar ó disminuir, si mediasen circunstancias agravantes ó atenuantes, hasta llegar al *máximum*, ó descender al *minimum*.

Bien, pues: en el caso *sub-judice*, debe tenerse presente que además de ser muy considerable el valor del hurto, se encuentran reunidas muchas de las circunstancias que menciona como agravantes el artículo 84 en sus diversos incisos.

Tal es la de haberse obrado con premeditación, desde que segun queda referido, ha existido un plan criminal, que se ha ido desarrollando poco á poco (inciso 4º); haber mediado astucia, fraude y disfraz, aquellos para alejar á la dueña y al serviente que cuidaba la casa, cuando se iba á perpetrar el hurto; éste por haberse presentado Lagier á la señora Cerf Levy como pensionista y futuro inquilino (inciso 5º); en fin, haber existido abuso de confianza (inciso 6º).

Segun se ha referido y resulta comprobado en la causa, Chevaniz siendo inquilino de la dagnificada, poseía toda su confianza; y se prevaleió de ella para llevar á ejecución su plan criminal. Por último debe considerarse asimismo, circunstancia agravante de delito, el haberse ejecutado el hurto, como queda expuesto, con fractura del mueble que contenía las alhajas sustraídas (inciso 17).

De consiguiente, y en conformidad á la precitada disposición del art. 52, la pena en el caso de que se trata, no ha de ser de dos años de prisión, que sería el término medio, el cual corresponde emplearse generalmente, sinó

que aquella debe elevarse al *máximum*, á saber, tres años, computados, sin embargo, desde que se inició la causa, y los procesados fueron aprehendidos, en conformidad á lo que se halla dispuesto en el art. 49.

El Fiscal concluye por tanto, solicitando la confirmación de la sentencia apelada, en cuanto declara á los procesados Chevaniz y Lagier, autores responsables del hecho que sirve de materia á esta causa; y su reforma en cuanto á la clasificación legal del delito y pena que se determinan, las cuales se modifiquen en el sentido de lo espuesto.

---



# VISTA CXIV

## DELITO DE VIOLACIÓN

### SUMARIO

Relación del caso: se trata de la violación de una criatura de tres años, por un jóven de diez y seis, á quien el Juez en razón de su edad y de que el delito no se consumó, castiga solo con seis meses de reclusión.—Según la Jurisprudencia establecida, en los delitos contra la honestidad, la tentativa próxima se castiga como el delito consumado; y esta doctrina ha sido consignada en el nuevo Código.—La pena ordinaria del indicado delito es la de presidio ó penitenciaria por seis años.—Admitida la circunstancia atenuante de la edad en el reo, aquella debería subrogarse con prisión de uno á tres años.—Este mismo sería el resultado aunque se admitiesen las doctrinas del Juez *á quo*, cuyos cálculos de consiguiente, son equivocados.

*Excmo. Cámara:*—Siendo procesado el menor Francisco Fernandez, de edad de diez y seis años, por delito de violación á una criatura de tres años, además de resultar comprobado el hecho por el reconocimiento médico, el reo aunque aquel pretende negar, confiesa sin embargo las circunstancias que lo constituyen; lo cual no obstante el Juez del Crimen, considerando no haber existido sino una mera tentativa, cuya pena debe disminuirse por la corta edad del procesado, haciendo en consecuencia un cómputo equivocado, viene á parar en la adopción de una pena excesivamente indulgente y desproporcionada.





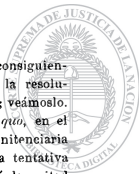
Todavía el Defensor pretende más, pues con argumentos en extremo sútiles é incomprensibles, intenta demostrar que el procesado no ha reconocido ningún hecho punible, y que por tanto debe ser absuelto; más esta suposición es enteramente contraria al mérito del proceso, porque ni Fernandez ha negado la aproximación sexual, ni hubiera tampoco podido negarla, desde que resulta constataada por el reconocimiento médico.

Nada mas requiere el Código Criminal, que dicha aproximación sexual, en las circunstancias á que se refiere, para considerar cometido el delito de violación. V. E. ha declarado repetidas veces no ser necesario para que dicho delito se considere consumado, el que haya existido cópula perfecta; y esta doctrina sobre la cual existía ya jurisprudencia, ha sido últimamente consignada en términos espresos, por el nuevo código.

Asi pues, en la materia de que se trata, la tentativa próxima del delito, equivale al delito mismo, el cual debe tenerse por consumado, y castigarse como tal; mas no lo ha hecho así el Juez del Crimen, sinó que separando indebidamente la tentativa de la consumación, atenúa la pena de aquella, y teniendo en consideración la edad del reo, la atenúa de nuevo, no una sinó dos veces más, viniendo á parar así á una penalidad levísima, cual es la de seis meses de prisión, respecto de un delito en realidad gravísimo.

Por el art. 254 del Código Penal, la violación de una menor impúber, se castiga con seis años de presidio ó penitenciaria; y si bien es cierto que esta pena debe disminuirse, atendida la edad del reo que no llega á 18 años, la indicada pena debe subrogarse con prisión de uno á tres años: de suerte que, aunque en el caso presente se optase por el mínimun, la pena, en justicia, no debería bajar de un año.

Hay mas, Exma. Cámara: pues este mismo sería el resultado, aun cuando se admitiera la doctrina del Juez *á quo* de que en la violación debe castigarse de diverso modo, la



tentativa próxima que el delito consumado; y de consiguiente, el cómputo que en sentido contrario verifica la resolución de 1ª instancia, es á todas luces equivocado; veámoslo.

La pena ordinaria del delito, dice el Juez *á quo*, en el 9º considerando, es de seis años de presidio ó penitenciaria (arts. 253 y 54); pero como solo se trata de una tentativa próxima, habria que rebajar la cuarta parte ó la mitad (art. 20, inc. 3º). Bien pues, rebajemos la mitad, y tendremos tres años de presidio ó penitenciaria.

Ahora, agrega dicha sentencia en el 10º considerando: esta pena sería la general ú ordinaria del delito; mas, como Fernandez no ha cumplido diez y ocho años, debe rebajarse en conformidad á lo dispuesto en el art. 166, á saber, subrogándose con uno ó tres años de prisión, que es lo mismo que resulta por el cómputo antes establecido.

El Juez del Crimen supone sin embargo equivocadamente, que la indicada pena es la que correspondería al delito consumado; lo que no es cierto, pues el 9º considerando ha hecho ya la rebaja correspondiente, por tratarse, no de un delito consumado, sinó de una tentativa próxima.

Por estas consideraciones, pues, que en concepto del Fiscal, demuestran concluyentemente, no ser arreglada la resolución de 1ª instancia, sinó estremadamente indulgente, y nímia la pena que establece, viene en solicitar se reforme, elevándose cuando menos á un año de prisión, sin computarse la preventiva.

Buenos Aires, Setiembre 14 de 1887.

# VISTA CXV

## DELITO DE ESTUPRO

### SUMARIO



La sentencia apelada lejos de perjudicar al reo, agravia á la vindicta pública; porque sin existir circunstancia alguna atenuante, rebaja sin embargo, la pena ordinaria.—No es circunstancia atenuante el que el procesado sea casado; ántes bien aumenta la inmoralidad del hecho.—No lo sería tampoco el que los padres de la menor hubiesen consentido el delito ó cooperado á su ejecución; y en tal caso, éstos deberían ser castigados como coautores.—La indemnización acordada á la menor por vía de dote, no es parte de la pena.—Aunque en esta clase de delitos no se pueda proceder sin queja de los representantes de la menor, tal requisito no es aplicable al caso en que sean cómplices.—No podría esperarse entónces, que ellos mismos promoviesen su propio castigo, ni siendo cómplices serían hábiles para acusar.—De aquí se deduce pues una excepción implícita á la regla de que no debe procederse de oficio.—El matrimonio de los padres en el caso presente, podía justificarse con testigos, por haber sido celebrado en Europa.—No había necesidad de comprobar la virginidad de la menor, cuando fué seducida, porque siendo aquella una calidad natural, debe presumirse en una niña de diez y seis años.—Esta edad en la menor resulta comprobada por la confesión del reo, que no puede ya retractar.—Resultando legalmente justificado el delito, y no apareciendo circunstancia atenuante, debe reformarse la resolución apelada, é imponerse la pena ordinaria del delito.

*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido, por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, de la causa seguida contra Juan Gil Martinez, por estupro cometido en la menor



Francisca Santos Magariños; la cual causa ha sido traída ante V. E. por apelación que ha interpuesto el Defensor del reo, de la sentencia que condena á éste á la pena de un año de prisión, y á dotar á dicha menor en la cantidad de 500 pesos nacionales.

Bien lejos, Exma. Cámara, de perjudicar esta resolución al procesado, es por el contrario, á la vindicta pública á la que agravia, empleando una pena demasiado benigna, y muy diversa de la que establece el Código Criminal vigente, la cual atenúa sobremanera sin ningún fundamento legal, es decir, sin que se haya alegado, y mucho ménos comprobado, circunstancia alguna, en cuyo mérito correspondiera por derecho la disminución de la pena ordinaria.

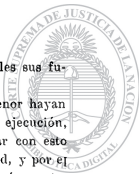
La sentencia de que se ocupa el Fiscal contiene la relación exacta de los hechos y la apreciación acertada del derecho; mas, por desgracia, no es suficientemente lógica, y caduca en la aplicación de los principios reconocidos á los hechos que establece; dando por resultado esta falta de ilación, que se determine una pena excesivamente suave para castigar un hecho gravísimo, profundamente inmoral y que reclama el más severo escarmiento.

El Juez del Crimen, Exma. Cámara, reconoce en su sentencia que el procesado ha seducido y estuprado á una pobre muchacha de diez y seis años, que ha resultado embarazada.

Y bien: debiendo ser la pena de este delito, en conformidad á lo dispuesto por el art. 257 del Código, la de dos años de prisión, sin que se sepa porqué, ni pueda atinarse con el motivo, pues no se expresa en la resolución, como debiera hacerse, la sentencia apelada reduce esta pena á la mitad, ó sea á un año de prisión solamente.

¿Existirá acaso, y deberá reconocerse, alguna circunstancia atenuante? Ni se ha alegado tal que sea admisible, ni el Juez lo declara tampoco.

No puede ser, seguramente, circunstancia atenuante la de ser casado Gil Martínez; pues lejos de atenuar el delito,



aumenta su inmoralidad, y hace más irreparables sus funestas consecuencias.

No lo es tampoco el que los padres de la menor hayan consentido en el hecho criminal y cooperado á su ejecución, como lo pretende el procesado, creyendo atenuar con esto su responsabilidad; mas no sucede así en realidad, y por el contrario, la ley considera en tal caso cómplices ó coautores á los padres y los castiga con la misma pena que al reo principal, (Código Penal, art. 267) sin que por ello se deba disminuir la que á este corresponde; pues que no es menos odioso, ni ménos censurable seducir á una muchacha joven é inesperta, que explotar la miseria ó la indignidad de los padres, para que, haciendo traición á los sagrados deberes de velar por la inocencia de sus hijos, consientan en su corrupción.

Sin embargo, Exma. Cámara, la indicada circunstancia es la única que el reo ha expuesto é invocado en su favor.

Tal vez el Juez *á quo* ha creído que decretando al mismo tiempo un año de prisión y la entrega de 500 pesos nacionales para dote de la menor, ambas cosas reunidas, podrían considerarse equivalentes á la pena de dos años de prisión, que determina el precitado art. 257 del Código.

Pero tal suposición sería un error; porque en los delitos es muy diversa la pena, de la indemnización de daños y perjuicios; y si bien ésta es consecuencia indeclinable de todo delito, y debe, por tanto, decretarse siempre que se condene al reo como delincuente, no tiene, sin embargo, relación alguna con la pena, ni puede disminuirla—Código Penal art. 80.

En el caso de que se trata, ó sea en el delito de estupro, el deber por parte de su autor, de dotar á la estuprada, importa solo el cumplimiento de la obligación de indemnizarla del perjuicio recibido; pero no es ni debe considerarse parte de la pena, para que esta pueda atenuarse en mérito de la indemnización. Cód. Penal art. 264.

Esto es lo que el Fiscal tiene que oponer por su parte





para demostrar á V. E. que la justicia no ha sido de todo punto satisfecha, con el castigo impuesto por la sentencia de 1ª Instancia, y que ésta, de consiguiente, agravia la vindicta pública.

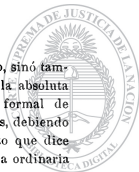
Pasa ahora á contestar las observaciones que en sentido contrario aduce el Defensor del reo contra dicha resolución, en el escrito de expresión de agravios, de que se ha comunicado vista al esponente.

El Defensor, Exma. Cámara, al impugnar la indicada sentencia, harto favorable para el reo, se coloca en una situación insostenible; pues sin apercibirse de ello, sustenta cosas manifiestamente contradictorias.

Pretende que no pudiendo procederse de oficio en delitos de la clase del que sirve de materia á esta causa, por ser indispensable la acusación de parte de los padres de la agraviada; y que no existiendo tal acusación, por la complicidad que en el hecho han tenido aquéllos, quienes debieran ser castigados con la misma pena que correspondiera al ejecutor del delito, la presente causa debe sobreseerse.

Esta pretensión es á todas luces descaminada; porque si consintiendo los padres de la menor en el delito de estupro, la ley los castiga lo mismo que al autor principal, como sucede realmente, mal puede exigirse, en esa suposición, que ellos mismos, acusando el delito, promueban su propio castigo; y es indudable que en tal caso, por excepción implícita de la ley, corresponde el procedimiento de oficio.

Hay mas: prohibiendo el derecho que se admita como acusadores de un delito á los cómplices ó coautores, en el caso indicado en que la ley acrimina á los padres que hubiesen consentido en la deshonor de su hija, declarándolos coautores, mal podrían ser éstos admitidos á la acusación; y mucho menos exigirse esa acusación como requisito indispensable para iniciarse el procedimiento; el cual, con todo, debe tener lugar necesariamente, desde que se ordena el castigo de los padres junto con el del ejecutor del delito. Cur. Filip., p. 3ª, § 8, n 3.



Luego entonces, el Defensor no solo es ilógico, sino también contradictorio, al sostener por una parte la absoluta necesidad en el procedimiento, de la querella formal de los padres de la agraviada; y por otra, el que éstos, debiendo ser considerados cómplices ó coautores del delito que dice consintieron, hayan de ser castigados con la pena ordinaria que la ley establece para el delito de estupro.

La materia que se acaba de esponer es lo principal que contiene la expresión de agravios, que en lo demás se refiere solamente á lo alegado en la defensa, cuyos argumentos reproduce; mas éstos se encuentran contestados anticipadamente, y desvanecidos en los considerandos de la resolución apelada: revisémoslos, sin embargo ligeramente.

En primer lugar, se observaba en la defensa que Andrés Santos no había probado legalmente ser legítimo esposo de Rosa Magariños de Santos y padre de la menor Francisca Santos Magariños; mas esto no es exacto, porque tratándose de un matrimonio y de un nacimiento ocurridos, en Europa, de donde sería muy difícil traer las partidas que se encuentran registradas en las oficinas públicas, la ley permite justificar aquellos hechos por testigos, como se ha verificado satisfactoriamente en el caso presente, por información sumaria, á la que nada se ha opuesto, á la verdad—Cód. Civil-art. 179.

Se alegaba también que, para que la acusación fuese pro, cedente, debía justificarse que cuando Gil Martinez entró en relaciones con Francisca Santos Magariños, gozaba ésta de buena reputación y se conservaba todavía virgen; pero este argumento es inadmisibile, desde que se reflexione que cualquier persona, y mucho más una jóven de diez y seis años, tiene en su favor la presunción de inocencia y de hallarse bien reputada.

La virginidad, siendo una calidad natural, debe presumirse también, especialmente en una criatura de corta edad, mientras no se acredite lo contrario, lo cual corresponde al



que niega aquella circunstancia ó cualquiera otra calidad natural.

Así, por ejemplo, si para anular cualquier acto jurídico, como un testamento, alguien pretende que el otorgante era sordo-mudo; desde que el oído y la palabra son calidades naturales de que ordinariamente gozamos todos, sería obligado por derecho á justificar los asertos emitidos por fundamentos de su pretensión.—Murillo—*Cursus Juris*, tom. 1º, pág. 322, n. 199.

Por último, alegaba también la defensa que no estaba probado, como debiera, que la enunciada Francisca Santos fuese menor de veinte años; pero resulta del proceso que tanto ante el Defensor General de Menores, como en su declaración indagatoria, el reo ha reconocido que dicha muchacha era de edad de diez y seis años.

En vano intenta ahora el Defensor anular ese reconocimiento, que importa una verdadera confesión; pues aunque éste no verse sobre hecho propio, se refiere sin embargo, á una circunstancia que bien podía constarle al procesado, y respecto de la cual no se ha alegado error, LL. 2 y 5, tít. 13, part. 3ª, que por otra parte no podría admitirse, puesto que es muy difícil confundir una niña de diez y seis años con otra de más de veinte, como lo sería más ó menos, calcular la edad de un año á un niño recién nacido.

Las consideraciones expuestas, Exma. Cámara, demuestran el ningún valor y la inadmisibilidad de las observaciones alegadas por el Defensor en su escrito de expresión de agravios, tendentes á acreditar el gravámen que irroga al procesado la resolución apelada.

Con ellas cree también el Fiscal haber patentizado, que la pena establecida en dicha resolución, para un delito grave que se declara bien comprobado y sin ninguna circunstancia atenuante, ni es la que la ley determina, ni puede tampoco estimarse de modo alguno como castigo condigno y suficiente reparación de la moral ultrajada.

En esta virtud, pide á V. E. que reformando la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia, establezca la pena que tiene solicitada el Ministerio Público á fs. 46 del proceso, en conformidad á lo dispuesto en el art. 257 del Código.

Buenos Aires, Febrero 1<sup>o</sup> de 1887.

---



# VISTA CXVI

## ABUSO DE AUTORIDAD

### SUMARIO

Relación del caso: siendo acusado un Comisario por la sociedad «Union Suiza» sobre el delito indicado desconoció la personería de aquella, por no revestir carácter público—La parte acusadora insistiendo en su querella, sostuvo: que las asociaciones simples aunque no gocen la plenitud de los derechos civiles, no carecen de la facultad de acusar los agravios que se les infieran—En este estado de la causa y pendiente la cuestión de personería, el Juez del Crímen declaró de oficio, improcedente el juicio; lo dió por terminado, y mandó archivar el expediente—Este proceder, del cual se apeló, es á todas luces irregular por las razones que se esponen; y sus fundamentos son además equivocados, como se demuestra examinándolos—Primer fundamento: que al iniciarse contra Pader el proceso expresado sobre abuso de autoridad, existía ya otro juicio entablado por aquel, en que se quejaba de calumnias: no pudiendo admitirse simultáneamente, dos juicios sobre unos mismos hechos—Esta doctrina es inexacta; pues en realidad nada impide el que existan á la vez dos ó más juicios sobre unos mismos hechos, desde que no versen entre las mismas personas, ó no persigan idéntico objeto—tales condiciones se verifican precisamente en el caso presente, pues que las personas acusadas por Pader no son las mismas que á él lo acusan; y el resultado de los dos juicios entablados sería muy diferente—El Juez del Crímen no pudo oponer de oficio, la escepción de *litis-pendencia*, ni referirse para fundarla, á un hecho no alegado por las partes y que no constaba del proceso—Segundo fundamento: que quien se encuentra acusado criminalmente, mientras subsista la acusación, no



deber ser admitido á acusar á su vez á otro, sino fuese por un delito mayor —Esta prescripción legal es cierta pero mal aducida; porque no es aplicable á la acusación por agravio propio ó de los suyos; pues al que supone haberlo recibido del acusador, lo se le impide reconvenir á éste ó recriminarlo por él—Consecuencias absurdas é inaceptables que surgirían de la doctrina opuesta—Debe por tanto revocarse el auto apelado, para que el juicio por abuso de autoridad continúe por los trámites legales, hasta dictarse en justicia, la sentencia que corresponda.

*Exma. Cámara:* — La asociación denominada «Union Suiza» por medio de su Presidente doctor Gaspar Berraz especialmente autorizado al efecto, entabló acusación criminal contra el Comisario de Policía don Cosme M. Pader, por violación de domicilio, y abuso de autoridad, imputándole que en la noche del 20 de Febrero del corriente año, por medio de un agente subalterno, que sin previo allanamiento de domicilio, se introdujo á la casa que ocupa dicha asociación, hizo intimar la disolución de una reunión de baile, sin que hubiese ocurrido desorden alguno, ni existido tampoco otra causa, que pudiera motivar una orden semejante.

El espresado Comisario, sin contestar directamente la querella, dedujo escepción de falta de personería, pues no gozando la referida asociación carácter público, carecía de capacidad para presentarse en juicio; y sus miembros, si se consideraban agraviados, debían querellarse en particular; fuera de que las actas presentadas como justificativo de la autorización invocada, no tenían suficiente autenticidad.

El acusador observó en contestación, que de acuerdo con la prescripción constitucional que consagra la libertad de asociación para fines útiles, el Código Civil reconocía la existencia legal de las asociaciones industriales, científicas ó religiosas, aún cuando no hayan obtenido el carácter de persona jurídica, siendo aprobadas por la autoridad pública.

Que de esta clase de asociaciones simples, existen muchas en la República, y aún cuando no gozan la plenitud





de los derechos civiles, no se les puede negar en manera alguna, capacidad para acusar las injurias ó agravios de que sean víctimas, pues no se comprende la existencia legal de ningún ente individual ó colectivo, destituido absolutamente de todo derecho.

En este estado de la causa, y cuando correspondía resolverse sobre la referida articulación pendiente de personería, el Juez del Crimen dictó de oficio el auto apelado de f. 40, por el cual, declarando improcedente la secuela del juicio, lo dá por terminado legalmente, y manda archivar el expediente.

El Fiscal, Exma. Cámara, no puede menos de manifestar á V. E. que encuentra este procedimiento de todo punto irregular; y que considera la indicada resolución completamente equivocada á insubsistente.

Equivaliendo esa resolución á un sobreseimiento absoluto, que importa la absolución del acusado y la privación á los que se dicen agraviados por la conducta de dicho Comisario, del derecho de quejarse y de solicitar su castigo, en cualquier forma que lo intenten, esa sentencia recae sin embargo, ántes de hallarse contestada la acusación, de recibirse pruebas sobre los hechos; y en fin, sin haberse citado á las partes para pronunciarla.

No es esto solo, Exma. Cámara, sinó que los dos únicos fundamentos que se aducen en su apoyo, son tambien inesactos é ilegales, como es fácil demostrarlo, porque resalta claramente, por poco que se reflexione sobre ellos.

Esponde el Juez del Crimen que estando pendiente en su Juzgado otro juicio por calumnia contra los demandantes, que se funda en la falsa imputación de los mismos hechos que motivan el presente, el cual ha sido iniciado con posterioridad; no siendo procedente la secuela de dos juicios diversos sobre los mismos hechos; y teniendo en consideración que los que se hayan demandados criminalmente, carecen de capacidad para querellarse contra otro, mientras no se encuentren libres de la acusación, no es admisible por



estas razones, la que la asociación «Union Suiza» ha deducido contra el precitado Comisario Pader.

Muchas y gravísimas consideraciones surjen, Exma. Cámara, de los indicados fundamentos con que el Juez del Crimen dá por terminado legalmente el expresado juicio; y el Fiscal desde luego pasa á observar y á enumerar algunas, aun cuando no le sea posible demorarse en cada una de ellas, como lo exigiría su importancia.

Es constante en jurisprudencia que el Juez para resolver, debe atenerse solamente á los hechos alegados y comprobados en el proceso, sin que le sea permitido ir á buscar la verdad en otra parte, ni invocar para establecerla, datos particulares que le asistan, porque debe fallar *justa allegata et probata* ó como se espresa la Ley Recopilada «seyendo hallada y probada la verdad del fecho *por el proceso*, los jueces que conociesen de los pleitos, los determinen y juzguen». l. X. tít. 17, lib. 4°.

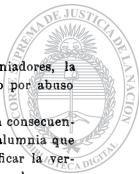
Ahora bien, Exma. Cámara, cuando dictó el Inferior la resolución reclamada, ninguna de las partes había hecho mención alguna del proseso por calumnia á que se refiere el Juez del Crimen; y mucho ménos constaba en autos que tal expediente sé siguiera; lo cual es tanto más grave, cuanto que la escepción de *litis pendencia* debe ser alegada indispensablemente por aquellas, pues al Juez no le es permitido decretar de oficio la acumulación.

No es exacto en manera alguna, el que, como lo afirma el Juez del Crimen, no puedan existir á la vez sobre los mismos hechos, diversos juicios, desde que estos tengan lugar entre distintas personas, ó se propongan diversos objetos.

Asi sucede precisamente, según las explicaciones dadas por las partes, con relación al caso presente, puesto que ni son unas mismas personas las que figuran en los dos juicios, ni estos persiguen tampoco idéntico objeto.

Mientras que el Comisario Pader ha acusado á dos de los miembros de la asociación «Union Suiza», la asociación misma, es decir, todos los socios, lo acusan á él; mientras





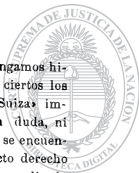
este solicita el castigo de los que supone calumniadores, la espresada sociedad pretende que él sea castigado por abuso de autoridad y violación de domicilio.

El resultado de estos juicios sería también en consecuencia, muy diferente: porque si en el juicio de calumnia que Pader ha entablado, los acusados lograsen justificar la verdad de los hechos, el resultado sería solamente el que se declare en definitiva, no haber existido calumnia; pero sin que á dicho Comisario se le pudiera imponer sin embargo castigo alguno.

No sucediera lo mismo entre tanto, justificada que fuese la verdad de los hechos alegados por el Presidente de la asociación como fundamento, de su querella sobre abuso de autoridad, pues que si realmente constituyeran este delito, según las prescripciones del Código, el acusado debería recibir la pena que le correspondiera.

Si bien es cierto que el que se encuentra acusado criminalmente, mientras subsista la acusación, no puede ser admitido en calidad de acusador á promover el castigo de otro delito, que no sea mayor que el que se le imputa, este principio ó esta regla, no tiene aplicación alguna tratándose por parte del reo, de agravio propio ó de los suyos: pues en este caso le es perinitido reconvenir, recriminar ó acusar criminalmente al mismo acusador, por delito, cualquiera que sea, que éste hubiese cometido contra el acusado, LL. 2 y 4, tít. 1º, Part. 7ª.

La razón y el buen sentido, Exma Cámara, demuestran con claridad la verdad de esta doctrina: si así no fuera, todo malhechor podría esquivar fácilmente la acusación por parte de la víctima del delito, con solo antiparse á acusarla, antes que ella se hubiese querellado, imputándole el mismo delito de que hubiese sido autor ú otro cualquiera, pues con esto solo, conforme á la doctrina del Juez del Crimen, el agraviado mientras se hallase acusado, quedaría inhabilitado para querellarse por su parte; lo cual basta para comprobar la falsedad de la enunciada doctrina.



Continuando sin embargo la demostración, supongamos hipotéticamente, Exma. Cámara, que hubiesen sido ciertos los atropellos y desmanes, que la asociación «Union Suiza» imputa al Comisario Pader, ¿quién podría poner en duda, ni por un momento, salvo la cuestión de forma que se encuentra pendiente, y de que ahora no se trata, el perfecto derecho que le asistiría para querellarse criminalmente, y pedir la reparación correspondiente al agravio recibido?

Y bien, Exma. Cámara, una vez que á la indicada asociación le correspondía el espresado derecho, ¿cómo habría podido perderlo sin hecho propio? ¿Acaso el haberse adelantado el supuesto autor del delito á entablar acusación por calumnia, ¿podría extinguir en dicha sociedad el espresado derecho? ¿Quedaría privada por esto solo de la facultad de comprobar por su parte los hechos de que se trata, no solo al efecto de que se declarase que no había calumniado al mencionado Comisario, mas también de que se decidiera si éste había sido culpable ó no, y de que en su caso, se le impusiera el correspondiente castigo? Ciertamente que nó.

Cuando, pues, ambos juicios, de calumnia y de abuso de autoridad, versando entre unas mismas personas, lo que no parece que sucede, se refiriesen efectivamente á unos mismos hechos, podía ser en verdad, conveniente la acumulación, á fin de que, en obviación de tiempo y diligencias, las dos acusaciones se tramitaran simultáneamente; y así deberían solicitarlo los interesados, porque al Juez no le es permitido decretarla de oficio; pero esto no obstante, de ninguna suerte ha podido desecharse la querella por abuso de autoridad, en consideración á hallarse pendiente ya un juicio de calumnia promovido anticipadamente, por el mismo acusado.

En mérito de lo espuesto, el Fiscal concluye solicitando se deje sin efecto el auto apelado; y se devuelva la causa al Juez de quien procede, para que resolviendo la articulación pendiente sobre personería, continúe en su caso por el trámite ordinario, hasta dictar el fallo que corresponda en justicia.

Buenos Aires, Setiembre 30 de 1887.

# VISTA CXVII

## PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

### SUMARIO

En los delitos no debe confundirse la prescripción del derecho de acusar con la de la pena.—Aquella empieza desde que el delito se comete; pero se interrumpe por cualquier acto del procedimiento.—La prescripción de la pena no empieza, sinó desde que se interrumpe la ejecución, la cual no puede tener lugar, sinó en mérito de una sentencia ejecutoriada.—En el caso presente no tuvo lugar la prescripción del derecho de acusar, pues los procedimientos empezaron inmediatamente.—En cuanto al término de la prescripción de la pena, el Defensor lo cuenta mal, computando el tiempo desde que el delito se cometió.—Contando como debe contarse desde la sentencia, la pena no está prescripta

*Exma. Cámara:* El Fiscal en la causa seguida contra Antonio Boldrini por estafa, expidiéndose en la vista comunicada y contestando la expresión de agravios hecha por el Defensor del acusado de la resolución en que desechándose la excepción de prescripción, se manda cumplir la sentencia pronunciada en rebeldía del reo, la cual lo condenaba á un año de prisión, dice: que aquella resolución es arreglada, y por tanto debe confirmarse no obstante lo alegado en contrario.

La criminalidad de Boldrini, Exma. Cámara, resulta en





general del mérito de la causa; pues todos los antecedentes que obran en ella, demuestran con claridad la participación principal que tuvo el procesado, en combinación con otros varios individuos, para realizar la estafa de cuyo castigo se trata.

Por única excepción opone el Defensor la prescripción de la pena por el tiempo transcurrido desde que el delito se cometió; más en esto hay manifiesta equivocación, pues no procede en manera alguna, la indicada defensa, como lo demuestran sin ningún género de duda, los considerandos de la resolución apelada.

El Defensor confunde la prescripción del derecho de acusar, con la prescripción de la pena, que sin embargo son cosas muy diversas; pues que la prescripción de esta última no puede empezar á correr, sinó después de haber recaído sentencia ejecutoriada que establezca la pena, mientras que la prescripción del derecho de acusar empieza desde la fecha en que el delito se cometió.

Siendo evidente que el antiguo código era más benigno que el nuevo en cuanto á la penalidad de la estafa, el caso debe ser juzgado por aquel porque era el que reja cuando el delito se cometió.

Ahora bien, el artículo 194 en que se señalan los términos para la prescripción de los delitos, establece expresamente que para las acusaciones se contarán desde que se comete el delito; y para las penas, desde que se interrumpa la ejecución, la cual no pudiendo, según el artículo 84, tener lugar sino en virtud de sentencia ejecutoriada, antes que ésta exista tampoco puede de consiguiente empezar á correr la prescripción de la pena.

Ciertamente que no sería oportuno en el estado actual de la causa, entrar á indagar si el derecho de acusar se hubiese prescripto ó no; pero es manifiesto que habiéndose iniciado la causa inmediatamente de haberse cometido el delito, la fuga del procesado no paralizó los procedimientos; porque después de ser citado por edictos y de declarársele rebelde

y contumaz, dicha causa prosigió su curso hasta pronunciarse sentencia definitiva.

Recién entonces, es decir del 5 de Diciembre del 84, había empezado la prescripción de la pena; más como ella requería tres años, ó sea un tiempo igual al de la condena con un aumento de dos años, según el artículo 193; y este término aún no se ha cumplido en la actualidad; y mucho menos se hallaba cumplido cuando fué capturado el procesado, á saber, en Mayo del corriente año, resulta que no hay tal prescripción de la pena, pues esta excepción no procede; y de consiguiente, ha sido desechada con justicia.

Quedando establecido que por ser más benigno el antiguo código, el caso presente debe rejirse por él, tampoco es admisible la solicitud del Defensor para que se le computen al reo como parte de la condena, los cuatro meses de prisión que éste llevaba sufridos cuando se fugó, en razon de que el expresado código no computaba la prisión preventiva, mientras no excediera de seis meses.

Por estas consideraciones, el Fiscal opina que debe confirmarse el auto apelado.

Buenos Aires, Octubre 21 de 1887.

---



# VISTA CXVIII

## RETROACTIVIDAD DEL NUEVO CÓDIGO PENAL



### SUMARIO

Verdadera inteligencia de lo dispuesto en el artículo 48.—Cuando se determina que las leyes favorables al reo se apliquen con efecto retroactivo; esto debe hacerse, tomándolas en toda su integridad.—Cada Código, tanto el antiguo como el nuevo, deben considerarse como una sola ley.—No es lícito por tanto, al juzgarse un delito cometido rijiendo el antiguo Código, y que se va á penar en la vigencia del nuevo, tomar de cada uno lo más favorable —Tratándose de una herida de bala, y siendo el reo reincidente, favorece más á este el antiguo Código que el nuevo; lo cual se demuestra.

*Exma. Cámara:* Como lo observará V. E., la cuestión que se debate entre el exponente y el Defensor del procesado Fortunato Leiva, versa sobre la inteligencia del artículo 48 del nuevo Código Criminal, que es conveniente transcribir, á fin de que pueda fijarse mejor su verdadero sentido.

Dice así: «Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito, fuese distinta de la que exista al pronunciarse el fallo ó en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictase una ley más benigna, la pena debe limitarse á la establecida por la ley».

Esta disposición al dar efecto retroactivo á las leyes penales favorables al reo, no solo en las causas pendientes, sinó también en las ya terminadas, lo que importa es únicamente acordarle el derecho de ser juzgado, ya por el Có-



digo antiguo, ya por el nuevo, según que cualquiera de los dos resulte más benigno.

Cuando lo sea el nuevo Código importa también la facultad concedida á los penados para hacer reabrir la causa y revisar el fallo, á efecto de que se modere la pena que le hubiese sido impuesta por una disposición más severa, en los términos en que la determine el nuevo Código.

Más para resolver cual de los Códigos es más benigno en un caso dado, sus disposiciones se han de considerar en su conjunto, en todo cuanto se refiera á la determinación de la pena; sin que sea permitido en manera alguna, como lo pretende el Defensor, aplicar á un mismo caso y simultáneamente, las disposiciones más favorables de cada uno de los Códigos; pues semejante sistema conduciría directamente á la impunidad del delito.

Cuando el mencionado artículo 48 prescribe que se aplique en los casos que indica, la ley más benigna, habla de la ley en toda su integridad, es decir, en el conjunto de las disposiciones que la constituyen; lo cual es enteramente diverso á prescribir que de las dos leyes penales á que se refiere, se tome en cada una de ellas lo que pueda contener de más benigno.

El Código Penal, ya sea que se trate del antiguo ó del que rige en la actualidad, sin ningún género de duda es una sola ley, que ha sido sancionada de una sola vez, para empezar á rejir simultáneamente y en todas sus partes, que son los diversos artículos de que consta, los cuales no pueden considerarse distintas leyes penales.

Siendo esto así, y haciéndose aplicación del principio establecido, se comprenderá sin dificultad lo descaminado de las pretensiones del Defensor; y la razón que le asiste al Fiscal para oponerse á ellas.

Se trata de una herida causada con bala, cuya curación ha durado trece días; y prescindiéndose de que en el hecho pudiera verse también la tentativa de una herida grave, por serlo regularmente las de bala, con arreglo á lo dispuesto en



el artículo 233 del antiguo Código, la pena no debe elevarse á más de tres meses de arresto.

Resulta además, que el reo es reincidente; y mediante esta circunstancia agravante del delito, á la indicada pena ordinaria, habría que aumentar, en conformidad al artículo 181 igual tiempo de prisión al que se le impuso como condena la primera vez.

En fin esta pena así determinada solo debiera empezar á correr después de vencidos los seis meses primeros de la prisión preventiva, según se prescribe en el art. 171.

El nuevo Código Penal varía favorablemente al reo esta última disposición, ordenando en el artículo 49, se compute en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el reo al tiempo de pronunciarse la sentencia.

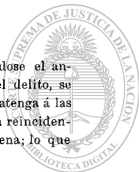
En cambio agrava considerablemente la penalidad de las lesiones causadas con bala; declarando el artículo 99 que el acto solo de disparar intencionalmente un arma de fuego contra una persona sin hierirla, será penado con uno á tres años de prisión; y que esta pena se aplicará aunque se cause herida á que la ley señale pena menor, siempre que el hecho no importe un delito mayor.

Por último, el nuevo Código atenúa la manera de castigarse la reincidencia; pues que no manda agregar á la pena ordinaria del delito, la que el reo hubiese sufrido anteriormente por otro de la misma especie; sinó que por el inciso 20 del artículo 84 se considera simplemente la reincidencia, circunstancia agravante.

Se ve manifestamente, que el antiguo Código que era el que rejía el tiempo de cometerse el delito, es más favorable en el caso al procesado, que el nuevo; porque según sus disposiciones, la pena resulta más benigna.

Por el antiguo Código, en efecto, ésta debía determinarse en un año de prisión y tres meses de arresto, sin computarse los seis primeros meses de la prisión preventiva; mientras que por el nuevo Código corresponderían tres años de prisión computándose la preventiva.





Ahora bien, el Defensor pretende que aplicándose el antiguo Código, en cuanto á la pena ordinaria del delito, se prescinda de sus disposiciones, y el Tribunal se atenga á las del nuevo, en cuanto á la manera de castigarse la reincidencia, y de computarse al reo el tiempo de la condena; lo que evidentemente es improcedente.

Arguye el Defensor que de otra suerte no debiera computárseles á los reos ya condenados, y que han sido juzgados por el antiguo Código, los seis meses primeros de la prisión preventiva; lo cual no seria admisible, como lo ha recocado el Fiscal en muchos casos ocurridos.

El argumento carece de base, pues hay multitud de casos, en que variando favorablemente á los reos la clasificación y penalidad de los delitos, deben sin duda alguna aplicarse las disposiciones del nuevo Código Criminal, aún en los casos ya juzgados.

Tal sucede en regla general, en los de reincidencia, y en los de hurto calificados de robos en el antiguo Código, por la circunstancia de haberse verificado de noche, ó violentándose la cerradura del mueble que contenía los objetos sustraídos.

No fuera extraño que en casos tales, correspondiendo la aplicación del nuevo Código, el Fiscal hubiese reconocido, como lo afirma el Defensor, que debía computarse la prisión preventiva, para darse por completa la condena cuando así resultase en efecto.

Hay más; pues es indudable que al principio de la vigencia del nuevo Código, no han sido uniformes las opiniones; y como sucede de ordinario al cambiarse de Códigos, surgen cuestiones y dificultades, á que poco á poco va dando solución la jurisprudencia, según ha sucedido también respecto al punto indicado; sin que fuera extraño tampoco por lo mismo que el Fiscal hubiese vacilado; lo que nunca podría servir de argumento en apoyo de una tesis nada razonable y del todo infundada.

Buenos Aires, Agosto 24 de 1887.

# VISTA CXIX

## DELITOS COMETIDOS EN LA EMBRIAGUEZ

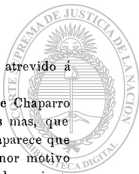


### SUMARIO

Los antecedentes del hecho que suministra el proceso, son bastantes á acreditar la culpabilidad del reo en el homicidio de que se trata.—Sin embargo, resulta también indudable que aquél se hallaba beodo, y que el hecho no tuvo otra causa que la beodéz.—Demostrada la completa embriaguez, no es necesario acreditarse por separado que el reo hubiese perdido la razón.—Son inexactas las observaciones con que se pretende demostrar que el procesado se encontraba en su juicio.—No es exacto que el admitirse la embriaguez como circunstancia atenuante del delito, importe favorecer el vicio.—Tampoco es exacto, que ni el antiguo, ni el nuevo Código criminal, admitan la indicada atenuación.—Se demuestra lo contrario, por el exámen de sus disposiciones relativas al caso.

*Exma. Cámara:*—El fiscal se ha instruido por la vista que se le ha comunicado, de la causa seguida contra José Domingo Chaparro, por heridas que este infirió á José Montiel, de cuyas resultas falleció; y despues de reflexionar detenidamente sobre los datos que aquella ofrece, pasa á emitir su dictámen sobre la resolución que corresponde.

Desde luego, considera suficientemente comprobada la culpabilidad de Chaparro en el homicidio de que se trata, por los antecedentes de que hace mérito la sentencia de primera instancia con arreglo á las constancias del proceso,



tanto mas, cuanto que el mismo reo no se ha atrevido á negar positivamente su delito.

Pero si bien esto es cierto, no lo es menos que Chaparro obró en estado de completa beodéz; y lo que es mas, que esa ha sido la única causa del delito; pues no aparece que entre aquel y Montiel hubiese mediado el menor motivo de disgusto; y por el contrario, consta que siendo amigos, el día del suceso salieron juntos á paseo, y en él bebieron hasta embriagarse completamente.

Esto supuesto, sin necesidad de otra prueba ó demostración alguna, no puede negarse ni desconocerse razonablemente, que el procesado obraba fuera de su sentido, porque siendo la pérdida de la razón la consecuencia inmediata y necesaria de la embriaguez completa, probada ésta, queda tambien demostrada aquella; y es enteramente equivocada la doctrina del Juez del Crimen de que, á pesar de constar la completa beodéz del reo cuando delinquirió, éste debió demostrar, por separado, la privación del sentido moral.

Semejante doctrina no tiene apoyo alguno en las leyes ni en los autores, y es de todo punto inadmisibile, tanto en teoría como en práctica: en teoría, porque la razón enseña que puesta la causa se sigue el efecto; y en práctica, porque haría ilusoria la defensa del reo, en la suposición de que ésta deba admitirse, á menos que por casualidad, dos facultativos médicos lo hubiesen examinado en estado de beodéz, y mediante esta circunstancia se hallasen habilitados para informar sobre sus facultades intelectuales.

Establece el Juez del Crimen que en el caso presente, el hecho de haberse ocultado el reo inmediatamente del suceso, es un indicio de que no habia perdido de todo punto la razón; pero viéndolo bien sucede todo lo contrario, pues que Chaparro no se ocultó, sino que se retiró á su casa, siendo que á no haber perdido enteramente el sentido, de ningún modo pudiera dejar de advertir que se le buscaría



para prehenderle, y antes que en ninguna otra parte, en su casa.

Hay mas todavía, y es que el agente de policía que lo capturó, encontró á su lado el cuchillo ensangrentado con el cual acababa de herir á Montiel, cuando nada le habria sido mas fácil que ocultarlo y hacerlo desaparecer, como lo procura todo criminal que obra en su sano juicio, para poder negar el delito y evadir el castigo.

El Juez del Crimen opina que no sería razonable admitir la beodéz, por mas completa que fuese, desde que no sea tambien involuntaria, como atenuación en los delitos, porque esto importaría fomentar el vicio.

El Fiscal, creyendo que lo principal en los delitos, lo constituye la parte moral, no puede adherirse á esa opinión, que vendria á confundir la imprudencia con el dolo y la culpabilidad con la intención criminal.

Cree ciertamente que debe castigarse el acto por el cual una persona, abdicando su razón, que es la que distingue al hombre del bruto, se constituye voluntariamente en un estado peligroso para la sociedad, cuando efectivamente le haya resultado daño; pero no puede equipararse en manera alguna, la imprudencia que en esto se comete, con la maldad que se ejecuta, cuando á sabiendas, con intención directa, y con conciencia de lo que se hace, se comete algun delito, como el robo ó el homicidio, por ejemplo.

Existen muchos delitos que requieren determinada intención, y estos especialmente es imposible admitirlos en un ébrio. Muchas veces ha sucedido que un borracho se ha apoderado de algún caballo, paseándose por las mismas calles donde lo tomó, y V. E. ha juzgado constantemente que esta acción no constituia robo.

Otras veces ocurre tambien que en el estado inconsciente de la embriaguéz, el borracho se apodera de objetos que no le pertenecen; pero pasada la ofuscación de la inteligencia por la beodéz, se sorprende de lo que ha hecho, y se



apresura á restituir tales objetos ¿podria este hecho clasificarse en justicia como robo?

Por último, es inexacto que ni el antiguo, ni el nuevo Código Criminal tomen en consideración la beodéz voluntaria del reo; aunque completa y no *afectada*, para atenuar la responsabilidad; siendo fácil y conveniente demostrar lo contrario, en términos incontestables, en razón de que por ser el presente, quizá el primer caso que va á juzgarse, bajo el imperio del Código vigente en la actualidad, la resolución que en él recaiga, vendrá á formar jurisprudencia.

Por lo que concierne al antiguo Código, al declarar el art. 10 que el que despues de formar la resolución de cometer un crimen se pusiere intencionalmente con bebidas, en estado de enagenación mental, y en ese estado ejecutase el crimen proyectado, debería ser castigado como su autor voluntario, resolvía manifiestamente *á contrario sensu*, que si la resolución de cometer el crimen no hubiese precedido al estado de beodéz, sino que hubiese nacido ocasionalmente en él, no podia ser castigado en manera alguna, como autor voluntario del delito.

La beodéz recibe, según los criminalistas, varias clasificaciones, denominándose *afectada*, la que en realidad no ha sido la causa del delito, sino el medio de cobrar ánimo el reo para ejecutarlo, ó bien de encubrir el agente su responsabilidad.

Es, pues, una de tantas especies comprendidas en el género; y al exceptuarla el Código de entre las causas de atenuación de los delitos, establecía clara, aunque implícitamente, la regla en sentido opuesto, á saber: que en general, la beodéz completa y no *afectada*, es circunstancia atenuante de la responsabilidad: *exceptio firmat regulam in contrarium*.

En conformidad á esta doctrina, en el art. 240 que trata de las lesiones, encontramos su aplicación práctica á una clase de delitos; lo cual por consiguiente no importa una anomalía, ni una excepción, sino más bien un ejemplo que ilustra la indicada doctrina, ajustándola á casos particulares.



Para sostener lo contrario, sería necesario poder indicar siquiera, por qué razón la beodéz completa del reo atenúa su responsabilidad en las heridas leves ó graves, y no deba, sin embargo, tenerse en cuenta ni tomarse en consideración, si aquellas resultasen mortales; lo cuál á la verdad es un accidente casual en cierto modo: el exponente tiene la convicción de que nadie sería capaz de indicar esa razón, pues que ninguna existe.

En lo que concierne al nuevo Código, vijente en la actualidad, mientras que en el inciso 1º del art. 79, se establece que la beodéz completa é involuntaria exime de toda pena en los delitos, en el 81 se declara en general, que se han de considerar circunstancias atenuantes las expresadas en el citado artículo 79, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal, en los respectivos casos.

Luego, si la beodez, aun cuando no fuese completa, fuera, sin embargo, involuntaria, como sucedería si fuese el efecto de un medicamento; ó si siendo completa no resultase con todo involuntaria, cual sucede en el caso presente, faltando uno de los requisitos exigidos por el Código, en el artículo é inciso citados, para eximir al reo de toda responsabilidad, ésta por lo ménos deberá atenuarse conforme á sus disposiciones, y consiguientemente disminuirse tambien la pena.

Por estas consideraciones, el Fiscal encuentra improcedente y excesiva la pena de seis años de penitenciaria, que impone al procesado la sentencia apelada; y siguiendo el espíritu del mencionado art. 240 del Código anterior, opina que debe reducirse dicha pena á tres años de prisión, modificándose en este sentido la referida resolución.

Buenos Aires, Agosto 19 de 1887.

---

# VISTA CXX

## EMBARGO DE UNA PROCLAMA SEDICIOSA

### SUMARIO

Relación del caso: siendo procesado Juan F. Justo, por suponersele complicidad en el atentado contra el Presidente, cometido por Ignacio Monjes, en razón de habersele encontrado impresa una proclama sediciosa, como no se pudiese demostrar que ésta tuviese relación con ese hecho, el Juez lo absolvió; pero mandando inutilizar la referida proclama; resolución de la cual se apeló.—No debe reconocerse derecho de propiedad en aquellas cosas, que no han podido producirse, sino en contravención á las leyes, ó cuyo uso importaría necesariamente, su violación —Aunque existe libertad de imprenta, la circulación de los impresos se halla sujeta á ciertas condiciones indispensables; y no llenándose, la autoridad está en su perfecto derecho para impedirlos—El impreso de que se trata, llevando manifestamente tendencias subversivas, no está firmado por persona alguna, ni se indica en él la imprenta de que procede.—El Juez del Crimen ha obrado pues correctamente, mandándolo inutilizar; y esta providencia siendo arreglada, debe confirmarse.

*Exma. Cámara:*—El Fiscal se ha instruido por la vista que V. E. se ha servido comunicarle, del recurso de apelación deducido á nombre del procesado Juan F. Justo, á quien se atribuye complicidad en el atentado cometido por el reo Ignacio Monjes contra el señor Presidente de la Re-





pública, por haberse encontrado en poder de aquel gran número de ejemplares de un papel impreso sin firma ni fecha, ni indicación de la imprenta de que procede.

El importa una especie de proclama sediciosa, pues su sentido lleva manifiesta tendencia á turbar el orden público; lo cual no obstante, no apareciendo que el tal documento tuviese relación con el delito de que se trataba en la indicada causa, el procesado ha sido absuelto; ó lo que tanto vale, se ha mandado sobreseer con respecto á él, absolutamente en aquella.

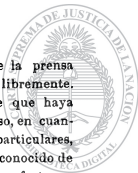
Apesar de ser esa resolución tan favorable al procesado Justo; como en ella se mandase también inutilizar los ejemplares embargados de la espresada proclama, éste ha apelado sin embargo, y se queja de la cláusula de la sentencia en que se ordena la destrucción del indicado impreso.

A la verdad, no se comprende que Justo pueda darse por agraviado de esa providencia, y apelar, suponiendo que con ella se comete injusticia, á menos que se considere con perfecto derecho, para llevar á cabo el plan subversivo que manifiesta el referido impreso, desde que éste no podría servir á otro destino.

Los instrumentos que se emplean en la ejecución de un delito, deben sin duda alguna decomisarse; y todos aquellos objetos que no han podido producirse, sino en contravención á las leyes, ó cuyo empleo importaría su violación, sobre los cuales no puede reconocerse el derecho de propiedad, en razón de que por perjudiciales á la sociedad se hallan fuera del comercio, como serían, por ejemplo, materias alimenticias adulteradas y nocivas, licores envenenados, monedas contrahechas, billetes falsificados y otras cosas semejantes, si con motivo de un proceso ó una indagación judicial viniesen á poder de la autoridad, deben desde luego, destruirse é inutilizarse.

Por prescripción constitucional existe entre nosotros la libertad de imprenta, que ciertamente es una de las más importantes y preciosas garantías de los demás derechos acor-





dados; y por consiguiente, las producciones de la prensa sin necesidad de censura previa, pueden circular libremente.

Esto sin embargo, procede así á condición de que haya alguien que las garanta, respondiendo por el abuso, en cuanto se ofenda al orden público ó se agrávie á los particulares, ya sea el autor mismo del escrito, el editor reconocido de un diario, ó en último caso el impresor; á cuyo efecto en todo impreso debe indicarse el establecimiento tipográfico que lo dá á luz.

No se encuentra, evidentemente, en estas condiciones, el papel ó proclama <sup>o</sup> que se trata; pues además de ser anónima, tampoco se det <sup>o</sup> mina la imprenta de que ha salido; y á pesar de llevar tendencias manifestamente subversivas, proponiéndose, fuera de <sup>o</sup> duda, alterar ó turbar el orden público, nadie la firma, ni hay quien la garanta ó responda por esa publicación.

Impresos de esta clase no gozan, seguramente, los privilegios acordados á la prensa seria, ó que funciona en condiciones regulares: toda vez que se intentase ponerlos en circulación, la autoridad estaría en su perfecto derecho para impedirlo, recogiéndolos; y correlativamente, para inutilizarlos y mandarlos destruir, si con motivo de una pesquisa ó de una indagación judicial, viniesen á su poder.

Así lo ha ordenado en el caso presente el Juez del Crimen; y este procedimiento, siendo perfectamente correcto, segun se deduce de los principios espuestos, universalmente aceptados é incontrovertibles, no ha podido de seguro, inferir agravio alguno al procesado, que funde legalmente el recurso de apelación que ha interpuesto.

Buenos Aires, Julio 12 de 1886.

---

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MUJER, POR DELITO DEL  
MARIDO****SUMARIO**

Si la **mujer** sea obligada por derecho, á responder con sus propios bienes, á las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio—Si lo sea al menos, **en** defecto de bienes gananciales, como tambien de propiedad del marido—Si **en** caso de existir la indicada obligación en la mujer, sea extensiva á las **multas**, condenaciones pecuniarias, indemnizaciones civiles y costas provenientes de un proceso por delitos del marido—Si procede así mismo la expresada responsabilidad, aunque el referido proceso hubiese versado sobre un delito, como el de infidelidad, en que resultase directamente agravada la mujer.

*Erma. Cámara.*—En términos simples las cuestiones legales, que el Tribunal es llamado á resolver en esta causa, consisten en los puntos siguientes: si la mujer es obligada á responder con sus propios bienes, de las deudas contraídas por el marido durante la sociedad conyugal; si esa obligación en caso de existir, sea extensiva á las penas pecuniarias é indemnizaciones civiles ó costas provenientes de un delito cometido por aquel; en fin, si lo sería tambien, aún en el supuesto de que ese delito ofendiese á la misma mujer, constituyendo una injuria directa para ella.



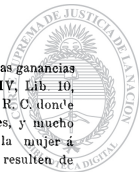
En efecto, Exma. Cámara, los honorarios por la defensa del marido que se reclaman en esta causa, y respecto de los cuales se sostiene que deben abonarse con bienes de la mujer, á quien se le ha embargado una casita de su propiedad, provienen de un proceso que se siguió á su marido, en el cual éste fué condenado por delito de violación, es decir, de infidelidad para con ella, que le daba acciones criminales contra dicho su marido.

En una hipótesis semejante, en que por consecuencia de tales acciones ella habría podido pedir la reparación del agravio y las indemnizaciones á que hubiese lugar, sería ciertamente inadmisibile en todo caso, improcedente é injusto aún *prima facie*, que en vez de recibir esas indemnizaciones viniese por el contrario, á tener que costear de su escaso patrimonio, la defensa de su marido infiel, en el delito con que la ofendió.

Mas aunque aquel delito por su naturaleza misma, no constituyese una especialidad en el caso de que se trata, según se acaba de hacer notar, por los principios generales del derecho, jamás las multas, indemnizaciones civiles honorarios y costas de un proceso motivado por delito del marido, podrían en justicia venir á pesar sobre la mujer en su calidad de sócia, porque siendo siempre puramente personal la responsabilidad del delito, tampoco gravaría, á los demás sócios en las sociedades comunes ó convencionales.

Así lo resuelven, positivamente en general las LL. 32, § 18, tít. 2, Lib. 17 del Digesto; y 13, Tít. 10, P. 5ª que hablando de la sociedad comun, hacen responsable, no á ésta, sino al socio autor del delito, del daño que causó por su dolo ó culpa; *si ob malefictum suum dagnatus sil ipsum tantum damnum sentire debere*, dice la ley romana.

En particular respecto á la sociedad conyugal, lo teníamos tambien declarado expresamente en el Derecho Español, el cual establecía que «por el delito que el marido ó la mujer cometiere de cualquier calidad que sea, no pierda el uno



por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio» «LL. 10, Tit. IV, Lib. 10, Nov. Rec. y su concordante 10, Tit. IX, Lib. 5º, R. C. donde se vé, que ni aun con su parte de gananciales, y mucho menos con sus propios bienes, es obligada la mujer a satisfacer las responsabilidades pecuniarias que resulten de delito del marido.

El derecho francés, al cual con alguna modificación sigue en esta parte el proyecto de Código Civil Español, permite sin embargo ejecutarse las multas y condenaciones pecuniarias impuestas al marido, á falta de bienes propios de éste, en los gananciales, aunque con cargo de indemnizar él despues á la mujer; mas de ninguna suerte en los que le pertenezcan á esta exclusivamente. Goyena, Concordancias, t. 3º, páj. 336, art. 1331.

Esta novedad introducida por la jurisprudencia francesa no parece haber sido adoptada en nuestros Códigos, porque ya sea que se consulte el Penal que nos ha rejido hasta hace poco, y que se hallaba en vijencia cuando tuvo lugar el delito á que hacemos referencia, como puede verse en el Tít. VII «de las personas civilmente responsables», ó bien el Código Civil, Tít. VIII, «de los actos ilícitos» y el siguiente se observará: que en ninguno de ellos se responsabiliza á uno de los cónyuges por delito ó cuasi delito del otro.

Las indemnizaciones civiles por delitos pesan solidariamente sobre todos los que han participado de él como autores, consejeros ó cómplices: y pueden hacerse estensivas por hechos ilícitos, á los padres, tutores, directores, patrones, inquilinos y demas personas que se determinan; pero sin que calculadamente en parte alguna se mencione al marido, á quien habría podido quizás pretender equipararse á los primeros; y mucho ménos á la mujer, para responsabilizarla por actos del marido; lo cual careciendo de todo fundamento jurídico, habría sido una aberración.

Pero prescindiéndose en el caso presente de la conside-



ración de que la deuda que se reclama contra el marido, y por la cual se le ha embargado una casita de su esposa, hubiese sido ocasionada por delito, y suponiéndola puramente civil, según los principios del Código vigente en la materia ¿sería responsable por ello la mujer, no solo con los bienes gananciales, sino tambien, en defecto de ellos, con los suyos propios; de suerte que se pueda trabar embargo y hacerse ejecución en estos?

El Fiscal debe observar desde luego, que nadie hasta ahora ha entendido de esa suerte, las disposiciones del Código Civil concernientes á la materia. Es cierto que hoy, la mujer puede obligarse mancomunada ó solidariamente con el marido, como tambien prestar fianza por él; todo lo cual no le era permitido por las leyes anteriores, y que asi se practica con frecuencia; más esto mismo prueba á las claras, que á no mediar tales circunstancias, la mujer no es responsable con sus bienes de las obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio; pues lo que se procura haciéndole intervenir en la forma indieada, es precisamente imponerle esa responsabilidad.

Por la legislación española que nos ha rejido anteriormente, la mujer solo podia llegar á ser responsable con sus propios bienes, de las deudas contraídas por el marido durante la sociedad conyugal, cuando quisiese participar de los gananciales; los cuales le era permitido renunciar antes del matrimonio, subsistiendo éste y aún despues de disuelto: de ninguna suerte, en caso contrario, pesaba sobre ella responsabilidad alguna por tales deudas. LL. 9, Tit. 4º, Lib. 10, Nov. Rec; 9, Tit. 9, Lib. 5º, R. C.

No habiendo pues, existido en el matrimonio de la reclamante con el procesado tales gananciales, ni constando tampoco en manera alguna que ella los haya aceptado, es evidente que conforme á la legislación anterior no se le podria imponer responsabilidad por cualquier deuda contraída por el marido.

El Código Civil vijente prohíbe, es verdad, á la mujer,



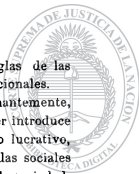
renunciar en caso alguno los gananciales, como cualquier otro derecho que pueda resultarle del matrimonio (art. 1218); pero de ninguna suerte empeora con esto la condición de la esposa, puesto que según sus disposiciones, la renuncia de los gananciales nunca puede serle necesaria, ni provechosa; porque aún sin ella y siendo sócia, no responde sin embargo con sus bienes propios, á las deudas del marido ó de la sociedad.

A no haberse arreglado esto así, habría sido ciertamente una verdadera crueldad imponer á la mujer contra lo que se hallaba dispuesto anteriormente, la sociedad de bienes con el marido, prohibiéndole el renunciarla en ningún caso, aunque por las muchas deudas del marido, ella viese claramente que de ningún modo le aprovechaba esa sociedad; pues lo que se le había concedido como un beneficio, vendría entonces á resultar en su daño: *quod in favorem alicuius introductum est, non debet unquam contra ipsorum commodum verti.*

Para sostener el apelante su estraña tésis, de que la mujer en defecto de gananciales, responde con sus bienes propios, de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio, alega únicamente el art. 1263, del Código Civil, en que se declara que la dote de la mujer, ó sean los bienes que introduce al matrimonio, con los demas que despues adquiera, aunque sea por título propio, como legado, herencia ó donación, forman parte del capital social.

Al invocar este fundamento, no advierte que esa declaración solo se refiere á la administración que corresponde al marido y debe tener, en todo lo que la mujer no se haya reservado expresamente, y á los frutos que produzca el indicado capital compuesto de todos los bienes de ambos cónyuges, que se han de reputar como gananciales comunes.

Cierto es que en cualquier sociedad su capital responde en todas sus partes á las deudas sociales; mas esto no sucede sin embargo en la sociedad conyugal; la cual es anómala y solamente en muy pocas cosas que no se encuen-



tran determinadas de otro modo, sigue las reglas de las demás sociedades comunes y puramente convencionales.

El Código Civil en ninguna parte declara terminantemente, lo reconoce el Fiscal, que los bienes que la mujer introduce al matrimonio, ó que adquiere despues á título lucrativo, no respondan, como los del marido, á las deudas sociales contraídas por él en calidad de administrador de la sociedad; pero esto se deduce de un modo claro á indudable de muchas de sus disposiciones, de las cuales mencionaremos algunas, recorriendo á la lijera el título en que se reglamenta la sociedad legal de los cónyuges.

Por el art. 1229, se declara con relación á los acreedores del marido, que la confesión de recibo de la dote no les perjudicará, sino cuando ésta constase por las convenciones matrimoniales ó se acredite por escritura auténtica. Ahora bien, ¿cómo podría perjudicar jamás, la confesión de recibo de la dote á los acreedores, en la suposición de que, en defecto de gananciales y de bienes propios del marido, aquella debiese responder como parte de capital, á las deudas contraídas por el marido?

Por el art. 1251, se declara: que la tasación de los bienes de la mujer, sean raíces ó muebles, y la entrega de ellos al marido, aunque se haga bajo valor determinado, no le priva del dominio de ellos, ni los hace pertenecer á la sociedad ó al marido. Luego, cuando en otra parte se dice, que estos bienes son capital de la sociedad, no es en el sentido de que adquiriendo ésta su propiedad, pueda con ellos pagar sus deudas ó las contraídas por el marido como administrador.

Por el art. 1254, sin distinción alguna de casos, y sin averiguarse cuál haya sido el resultado de la sociedad conyugal, es decir, si han habido ganancias, ó si se han sufrido pérdidas, se declara que el marido es deudor á la mujer del valor de todos sus bienes, que á la disolución de la sociedad, no se encuentre invertido en fincas ó en fondos públicos, ó en fin, depositado en los bancos á su

nombre; lo que demuestra claramente que la mujer como sócia no responde de las pérdidas que hubiese tenido la sociedad.

Podría pretenderse que esta disposición rige solamente las relaciones de la mujer respecto de su marido mas no de los acreedores de éste, y consiguientemente de la sociedad conyugal; pero ello no es así, como lo demuestran de un modo terminante las disposiciones de los artículos 1258, 59 y 60.

En efecto, en estos artículos se prevee el caso de concurso del marido ó de la sociedad conyugal; permitiéndose á la mujer retirar de él todos los bienes que le pertenezcan en propiedad; y acordándosele además contra el concurso, una acción personal por lo que se le deba de la dote, en igualdad de condiciones á los demas acreedores.

Es evidente, pues que por más que los bienes de la mujer formen parte del capital en la sociedad conyugal, aquella no responde con éstos á los acreedores sociales, desde que se le permite separarlos del concurso, y figurar por los no existentes como acreedora personal; porque nada de esto podría ser, si como sucede en las demás sociedades cada uno de los socios respondiese de las deudas comunes con toda la parte que tiene en el capital, y en lo que le corresponda del *déficit* con todos sus bienes.

Resumiendo lo expuesto, por las razones expresadas, el Fiscal opina que la mujer no responde con sus bienes propios de las deudas contraídas por el marido durante la sociedad conyugal; lo cual la diferencia en esto de las demás sociedades convencionales y comunes.

Que mucho ménos es responsable de esa manera, por indemnizaciones, honorarios ó costas provenientes de delito del marido, lo cual procede tambien del mismo modo, en toda sociedad, por las reglas comunes; pues ésta no se obliga por delito de cualquiera de los socios. Que mucho ménos todavía podría corresponderle á la mujer semejante responsabilidad, tratándose como en el caso presente, de un





delito de violación cometido por el marido, en que ella viene á ser directamente agraviada.

En consecuencia, el exponente es de dictámen tambien, que la resolución apelada, en que se manda levantar el embargo de una casita de propiedad exclusiva de la mujer, con la cual se trataba de pagar una deuda del marido originada por su defensa en el expresado delito, es sumamente justa; pues así procede estrictamente por los principios del derecho y por todas las reglas de equidad, debiendo confirmarse no obstante lo alegado en contrario.

Buenos Aires, Marzo 6 de 1888.



# SECCION II

Jurisdicción, Superintendencia y Procedimientos

---

## VISTA CXXII

### SOLTURA DE PRESOS.

*Exma. Cámara.*—El Fiscal se ha instruido del número de *La Prensa*, correspondiente al 14 del actual, que V. E. se ha servido mandar agregar al expediente seguido con motivo de la escarcelación ilegal del penado como parricida con presidio por tiempo indeterminado, Mariano Salvarezza.

Desde luego debe manifestar á V. E. que si no reclamó de la providencia en que se mandaba archivar la contestación del Señor Ministro de Justicia á la nota en que se le pedían las diligencias conducentes á la restitución de dicho preso á la Penitenciaría, á fin de que cumpliera su condena, fué porque la enunciada providencia solo ponía término por entonces al expediente mencionado; sin que pudiese impedir en manera alguna al exponente, el volver sobre el asunto, y pedir lo que estimara conveniente si por acaso resultasen ilusorias las medidas que el Señor Ministro indicaba haberse adoptado, en el sentido de hacerse efectiva la condena del penado Salvarezza.





Mas no ha sucedido así; y este individuo ha sido devuelto efectivamente á la Penitenciaría, donde se encuentra junto con varios otros presidiarios que el Ejecutivo sacó de dicho establecimiento, y los remitió con destino á los trabajos que debían practicarse en el fuerte «General Roca»; lo cual consta por el acta de la visita de cárceles practicada con fecha 19 de corriente.

En el precitado número de *La Prensa* se contiene la nueva denuncia de que los presidiarios Nicolás Caprándula y Guillermo Nuñez, cuyos nombres no figuran entre los que han sido devueltos á la Penitenciaría, segun se acaba de exponer, han sido puestos en libertad igualmente que lo fué Salvareza.

Aunque al Fiscal le asisten datos de que el espresado Nuñez es un preso perteneciente á la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, por haber tenido lugar en Dolores, el delito porque fué condenado; procediendo dicha denuncia de un diario tan serio como *La Prensa*, que declara constarle lo que afirma; y existiendo además el antecedente de que su anterior denuncia relativa á Salvareza, resultó exacta, el Fiscal opina que debe procederse á la averiguación del hecho, dictándose las mismas medidas que al efecto se adoptaron á petición suya con motivo de la indicada denuncia.

Si de las diligencias que en su virtud se practiquen, resultase que en realidad Caprándula y Nuñez son individuos condenados á presidio por los Tribunales de la Capital de cuya jurisdicción dependan, y que habiendo sido sacados por el Ejecutivo del establecimiento en que cumplan su respectiva condena, sin haberse agotado ésta, actualmente, se encuentran sin embargo en libertad, con los antecedentes del caso V. E. debe dirigir nota al Señor Ministro de Justicia, á fin de que se sirva indagar su paradero, y adopte las medidas oportunas para que dichos penados sean devueltos al lugar en que deben cumplir su condena; y al mismo tiempo para que tenga á bien hacer efectiva

la responsabilidad de quienes los hayan puesto en libertad, ó contribuido á que quebranten dichas condenas.

En este punto V. E. no puede ir más adelante; pues en todo caso, se trataría de un delito cometido en el territorio federalizado ó gobernación del Rio Negro, en la cual existen Tribunales del Crimen, que dependen de la Suprema Corte de Justicia, y cuya jurisdicción es reglada por el art. 36 de la ley de 10 de Octubre de 1884.

La jurisdicción de V. E. por el contrario, se reduce únicamente á los delitos comunes cometidos dentro del Municipio de la Capital, según se establece en la Ley Orgánica de 12 de Noviembre de 1886; sin que los Fiscales ordinarios puedan tampoco denunciar ningún delito, ni promover proceso alguno, cuyo conocimiento no corresponda á los tribunales de que dependen.

Buenos Aires, Marzo 21 de 1888.

---



## TESTIGOS EN CAUSAS CRIMINALES

### SUMARIO

Si la parte que los aduce tenga el deber de presentar una lista con expresión de sus nombres, profesión y domicilio; y si á aquella contra la cual se traen, le asista el derecho de presenciar sus declaraciones y de repreguntarlos.

*Exma. Cámara.*—A juicio del Fiscal es arreglada á derecho la resolución de que se apela; pues que estando todavía regido el procedimiento criminal por la legislación española, según esta las declaraciones de los testigos deben recibirse en secreto, y no hay disposición alguna que prescriba á la parte que presenta testigos indicar con anticipación los nombres, domicilio y profesión, no siendo obligado nadie á hacer lo que la ley no manda.

El derecho de la parte contraria se limita á presenciar el juramento de los testigos, á cuyo efecto debe ser citada especialmente; pudiendo tambien en ese acto tachar en sus personas á los que contra ella se aducen.

Es cierto que la ley admite como tacha, generalmente hablando, el que por pertenecer el testigo á las últimas clases sociales, sea desconocido del Juez y por la misma parte contra quien se presenta, la cual á veces no habría





podido usar cómodamente de ese derecho, por ignorar la condición del testigo; pero ya las leyes recopiladas proveyeron á esta deficiencia, permitiendo tambien al interesado tachar á los testigos, hasta seis dias despues de hacerse en la causa publicación de probanzas, y de habersele comunicado el expediente, según los autores, para alegar de bien probado.

La parte contra la cual se producen los testigos, tiene el derecho de hacerlos examinar nuevamente, ó de pedir que declaren *in continenti* al tenor del interrogatorio que presente; pero no tiene la facultad de repreguntarlos en el sentido que en la práctica moderna se da á esta frase, es decir, de hacerles las preguntas que surjan de sus mismas contestaciones en el acto de declarar, pues como se ha expuesto las declaraciones deben ser secretas.

A la verdad, este sistema de procedimientos es atrasado y defectuoso, estando reconocido por todos que la prueba debe ser pública, y que la disposición que prescribió el secreto, provino únicamente en la edad media, de la mala traducción del texto romano en el cual se tomaron equivocadamente las palabras *intra secretum* (en su despacho) por secretamente.

Pero á los jueces no les corresponde fijar las reglas del procedimiento, ni les es permitido tampoco reformar las que se encuentran en vigencia por defectuosas ó inconvenientes que puedan ser: su reforma corresponde al poder legislativo, y dada la división de los poderes esencialísima en el sistema constitucional, la misión del juez se reduce á estudiar y profundizar el sistema de legislación vigente para aplicarlo científicamente, con arreglo á los principios filosóficos que han determinado su adopción.

Es de desearse que el H. Congreso Nacional sancione cuanto antes, un Código de Procedimientos correspondiente á la altura de la época en que vivimos, al estado en que se encuentra la ciencia jurídica y al grado de civilización

que hemos alcanzado; pero entre tanto se realiza este progreso en las instituciones, nuestro deber consiste en ejecutar fielmente la legislación española que nos rige, en el espíritu en que fué dictada. y como conviene al sistema que en ella se adoptó.

Junio 14 de 1888.

---



# VISTA CXXIV

## UTILIZACIÓN DE LOS PRESOS EN LAS OBRAS PÚBLICAS



### SUMARIO

Habiendo el Intendente Municipal solicitado un número de presos de la Penitenciaría para emplearlos en los trabajos públicos, y pasado el asunto al estudio del Fiscal, éste se expidió en la forma siguiente, adoptada como resolución por la Cámara de lo Criminal.

*Exma. Cámara.*—El intendente municipal se dirigió al señor ministro del interior manifestándole que en la penitenciaría existía un número de penados que podrían ser empleados ventajosamente en las obras del municipio, porque mientras se les sustraería de la ociosidad, se les abonaría un sueldo, bastando para su custodia una pequeña escolta que proporcionaría el estado mayor.

Pasada esta solicitud al ministerio de justicia, se pidió informe al respecto al director del indicado establecimiento, que lo expidió exponiendo: que todos los penados trabajaban en los talleres, y no podrían ser separados de ellos sin producirse su decadencia, cuando, por el contrario, lo que convendría es fomentarlos y desarrollarlos.

Resulta, sin embargo, de documentos que se han agregado al expediente que se ha formado, que de los presos que se encuentran todavía procesados y que, no habiendo sido



condenados aún, no tienen la obligación de trabajar, lo mismo que de los condenados solamente á prisión que se hallan en igual caso, hay muchos que se prestan á salir á trabajar en las obras del municipio, bajo condiciones estipuladas; y el señor ministro ha querido oír el dictámen de V. E. sobre la medida que se propone.

Atendido el mérito del enunciado informe, parece inútil ocuparme de ella con relación á los presos condenados á presidio desde que están ocupados en los talleres; y aunque en la actualidad no concurriesen á ellos, estos deberían ensancharse de manera que se diese ocupación á todos, pues que se encuentran bajo un régimen especial que así lo determina, el cual por otra parte sería incompatible con la salida diaria de los presos fuera del establecimiento penitenciario.

No puede decirse lo mismo respecto de los procesados y condenados á prisión, que solo accidentalmente permanecen en aquel; pero no por eso la medida deja de ofrecer en la práctica, á juicio del fiscal, gravísimos inconvenientes que la hacen inaceptable.

Aunque otra cosa se diga, la verdad es que una ligera escolta no bastaría para dar completa seguridad de los presos que saliesen al trabajo; antes bien, debe recelarse con fundamento, que las evasiones serían sumamente frecuentes; que la acción de los tribunales se embarazaría sobremanera, y que las penas de reclusión resultarían muchas veces ilusorias; siendo de tenerse en consideración que entre los procesados algunos lo son por crímenes ó delitos atroces.

Sin duda alguna es perjudicial y hasta cierto punto injusto, mantener á los presos de las clases indicadas en una ociosidad forzada que tantos males engendra, cuando muchos desearían aprovechar el tiempo trabajando, y de esa suerte se moralizarían también; pero aun reconociéndose todo esto, sería preferible el que se les permitiese ocuparse dentro del mismo establecimiento en que se encuentran,



concurriendo á sus talleres, que reclaman mayor número de brazos, y acordárseles equitativamente alguna retribución.

Esta medida, que sería muy razonable y útil, previniendo los daños y malas consecuencias de la ociosidad, y consultando tambien los deseos é intereses legítimos de los presos de que se trata, no ménos que los de sus hijos y sus familias, que se sacrifican para auxiliarlos, no ofrecería las dificultades prácticas de la que propone el intendente municipal, que en concepto del exponente y en mérito de las consideraciones expresadas, es inaceptable.

---



# VISTA CXXV

## COSA JUZGADA EN LO CRIMINAL

### SUMARIO

Relación del caso: habiendo tenido lugar, hace algún tiempo, un robo, recayeron sospechas sobre dos individuos, de los cuales el uno estuvo preso.—No pudiendo adelantarse la indagación, y juzgándose aquellas insuficientes, se mandó sobreseer—En consecuencia el detenido fué puesto en libertad sin entablarse acusación, ni habérsele tomado confesión—Habiéndose ahora descubierto el robo y encontrándose parte de los objetos robados, la policía inició un sumario—El Juez del Crímen se niega sin embargo á continuar la causa, creyendo que en ella hay cosa juzgada—El sobreseimiento puede tener lugar por diversas causas; y no produce siempre iguales efectos—En lo criminal no puede haber cosa juzgada, si no hubiese llegado á formalizarse el proceso—Esto sucede cuando el detenido no fué acusado, ni se le recibió confesión con cargos—Así como en lo civil, la demanda y su contestación son el principio del juicio, lo son en lo criminal la querella y la defensa—En el procedimiento de oficio la confesión con cargos suele hacer las veces de la acusación—No habiéndose recibido esta, ni deduciéndose acusación, no ha existido juicio; no ha recaído sentencia, ni puede resultar cosa juzgada—Carece pues de fundamento legal la resolución apelada; debe revocarse y formalizarse el proceso.

*Exma. Cámara.*—El Fiscal se ha instruido de la causa iniciada contra Manuel Lopez y Angel Fernandez por robo efectuado á D. Pedro Somaz, y encuentra agravante á la causa pública la resolución del Juez del Crímen, negándose á continuar dicha causa, en razón de que anteriormente se





mandó sobreseer en ella, no con calidad de por ahora, sino de un modo absoluto.

El expediente agregado demuestra que efectivamente, hace algún tiempo, se siguió un sumario en esclarecimiento del espresado robo, y que habiendo recaído algunas sospechas sobre dichos individuos, uno de ellos estuvo detenido varios dias.

Sin embargo, no resultando datos suficientes á formalizar el proceso, se dió por terminado, sobreseyéndose, sin tomarse confesión al reo, sin formalizársele cargo alguno, y sin que de consiguiente, los mencionados Lopez y Fernandez hubiesen sido acusados.

Hoy día, con motivo de haberse encontrado muchos de los objetos robados en poder de la madre de uno de aquellos, que vive con él; y descubiertose por tanto completamente el robo, la policia inició un nuevo sumario, que el Juez del Crimen ha creído equivocadamente, que no puede continuar por obstar la *cosa juzgada* y la regla *non bis in idem*.

Pero á todas luces es infundada la aplicación que el Juez del Crimen ha hecho de esta regla, como lo ha comprendido el Agente Fiscal, y el esponente considera fácil demostrarlo.

El sobreseimiento puede tener lugar por muchas causas y en muy diversas circunstancias, debiendo tambien ser muy distintos sus efectos.

Desde luego, cuando terminado el sumario por la confesión con cargos, que en las causas leves suele hacer las veces de acusación, resulta que la pena debe ser muy poca, y que no convendría seguir todos los trámites de un proceso, se impone al reo sin mas trámite, una ligera pena y se manda cesar el procedimiento.

Si el reo se conforma con la resolución, la causa queda terminada legalmente, y nunca más podría por cierto volver á suscitarse.

Pero el sobreseimiento puede tener tambien lugar, porquè no haya podido comprobarse el cuerpo del delito, que



debe ser la base del procedimiento; ó bien porque aunque resulte efectiva la comisión del delito no se ha conseguido averiguar quiénes eran sus autores ó solo resultan ligeras sospechas, insuficientes para formalizar un proceso, como sucedió esta vez.

En tales casos, si el reo no fué acusado, ni se le formaron cargos en la confesión, sería un error sostener que el sobreseimiento produzca cosa juzgada, y obste á que posteriormente, con datos suficientes, se formalice un proceso.

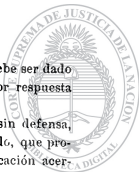
El delito por ejemplo versaba sobre homicidio, pero no pudo constatarse que efectivamente hubiera fallecido la persona que se suponía muerta violentamente; por lo cual se mandó sobreseer ¿quién diría que si más tarde se encuentra el cadáver de esa persona, con señales evidentes de muerte violenta, el procedimiento criminal no pueda continuarse?

De otro modo: constando la muerte violenta inferida á una persona, aunque fueron detenidos varios individuos, y recayeron ciertas sospechas sobre algunos, fueron inmediatamente puestos en libertad, sin ser acusados, ni habérseles formulado cargos, por no existir datos suficientes para formalizar el proceso.

Si despues se adquieren comprobantes, y se averigua completamente el hecho y sus autores, ¿cómo podría sostenerse con el más ligero asomo de razón, que dichos individuos hubiesen sido absueltos?

No puede ser absuelto, sinó el que ha sido acusado; ni puede haber sentencia, ni por consiguiente, cosa juzgada, sinó cuando ha habido una resolución pronunciada en juicio contradictorio; ni por último, éste puede tener lugar legalmente hablando, sin que haya existido, en lo civil una demanda, y en lo criminal una acusación, ó bien la confesión con cargos, que á veces en el procedimiento de oficio, equivale á la querella.

Según las leyes, todo juicio empieza por la demanda y su contestación; y en materia criminal, por la querella y la defensa; siendo aquellas según las palabras de la ley «Co-



menzamiento é rais de todo pleito sobre que debe ser dado juicio, es cuando entran en él por demanda é por respuesta delante del Juzgador».

Si, pues, no puede haber juicio sin demanda y sin defensa, ¿cómo puede haber sentencia legalmente hablando, que produzca *cosa juzgada* y pueda dar lugar á la aplicación acertada de la regla *non bis in idem*?

El sumario en causas criminales, no tiene más objeto que la averiguación del delito; en él todos los declarantes, incluso los detenidos si los hubiese, aparecen solamente como testigos; y las preguntas que se les hagan deben ser directas al delito, indirectas á la persona del delincuente.

Recien en la confesión con cargos, el detenido se convierte en presunto reo, y entra á figurar como acusado: recien desde entónces, puede decirse con propiedad, que ha sido procesado; y si fuese absuelto, ó de otro modo se diese por terminado legalmente el juicio, obstaría posteriormente á la iniciación de otro nuevo, la escepción de *cosa juzgada*.

Hoy con arreglo á nuestras instituciones, despues de haber sido acusado un individuo, no puede ya tener lugar la absolucíon de la instancia, ni el sobreseimiento con calidad de por ahora; pero si no ha sido acusado, ni siquiera se ha llegado á formalizarle cargo alguno, el sobreseimiento no puede tener lugar, sinó mientras se adquieran mejores datos, ya sea que esto se espresé ó nó en la providencia que lo ordena.

Dedúcese de lo espuesto, Exma. Cámara, que el escrúpulo del Juez del Crímen para continuar ahora con mejores datos, ó mas bien para hacer un proceso que antes no pudo formalizarse, contra los autores de un robo completamente descubierto, es infundado y perjudicial á la vindicta pública, interesada en el castigo de los delitos.

En consecuencia, el Fiscal concluye solicitando la revocación de la providencia apelada; y el que se ordene la continuación de la causa, relativa al mencionado robo por sus trámites legales.

.....

## FORMALIDADES DE LA QUERRELLA

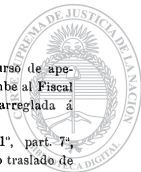


## SUMARIO

Habiéndose opuesto por el reo como escepciones dilatorias, la falta de juramento y de fianza de calumnia por parte del acusador, estas escepciones han sido desechadas—Las leyes de partida exijian expresamente en el querellante, el juramento de calumnia—De esta formalidad no se encuentra eximido el que acusa injuria propia ó de los suyos—Dicha formalidad del juramento no ha sido suprimida, ántes bien las últimas disposiciones la consideran vigente—Aunque las mas de las veces no se practique, la ley que la establecía, no ha caducado por desuso—Doctrina de los autores—Las leyes Recopiladas establecieron tambien la fianza de calumnia—Esta fianza, teniendo por objeto asegurar las responsabilidades del acusador, no es aplicable á los acusadores que no deben recibir pena aunque no se compruebe la acusación—En este caso se encuentran los que acusan por deber de su oficio ó en vindicación de injuria propia ó de los suyos—Doctrina de varios autores exponiendo el sentido de las indicadas leyes Recopiladas, y eximiendo de fianza al que acusa por injuria propia

*Exma. Cámara.*—Acusado «El Nacional» sobre una publicación hecha en este diario, por el Dr. D. Olegario Ojeda, sin contestar la acusacion, el editor ha opuesto como escepciones dilatorias la de no haber prestado el querellante juramento de no proceder maliciosamente, ni la fianza de calumnia, para responder á las resultas del juicio.

Como el Juez del Crímen desestimando dichas escepciones, ha ordenado al acusado contestar derechamente la querella,



y de esta providencia se ha interpuesto el recurso de apelación, que ha sido concedido en relación, incumbe al Fiscal examinar si la referida resolución es ó no arreglada á Derecho.

Desde luego, Exma. Cámara, la ley 14, tit. 1<sup>o</sup>, part. 7<sup>a</sup>, dispone que el Juez, ántes de comunicar al reo traslado de la acusación, debe recibir juramento del querellante, de que no se mueve calumniosamente á promover el juicio.

Si, pues, esta ley se hubiese de considerar vigente, y se la estimase aplicable al caso, no habiendo prestado el acusador el juramento de calumnia, ántes de comunicarse traslado de la acusación al reo, en cuyo perjuicio redundaría la omisión de esa formalidad, fuera innegable que le asistía el más perfecto derecho para exigir su cumplimiento.

No puede decirse en manera alguna, que esta disposición no sea aplicable al que acusa injuria propia ó de los suyos; porque si bien es cierto como veremos luego, que el Derecho favorece y protege á esta clase de acusadores, facilitando la satisfacción de las ofensas y la prosecución del juicio, con disminuir la responsabilidad del querellante, el juramento de calumnia jamás dificultaría ni embarazaría el proceso, ni podría llevarse el favor de la ley al acusador por injuria propia, hasta eximirlo de proceder con la debida sinceridad.

Se supone, sin embargo, que la precitada ley 14, tit. 1<sup>o</sup>, part. 7<sup>a</sup> ha caído en desuso, y debe considerársela derogada por la costumbre, desde que no es práctica de mucho tiempo atrás, mandarse prestar al acusador el mencionado juramento de calumnia.

Aunque, en la actualidad, en virtud de la declaración general contenida en el art. 17 del Código Civil, las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras disposiciones legales en contrario, y de ninguna suerte por el uso ó la costumbre solamente, podría ser que á la época en que se publicó y empezó á regir el Código Civil, la disposición de que se trata, se encontrase ya en desuso; no siendo en verdad la mente de dicho Código poner en vigencia por la indicada





declaración, todas las leyes y disposiciones que hubiesen caducado tácitamente y caído en desuso.

Es cierto, por otra parte, que no se estila en las acusaciones desde mucho tiempo atrás, prestarse el juramento de calumnia, ni los jueces suelen exigirlo tampoco: semejante formalidad con razón se considera inútil; y ya el doctor Elizondo opinaba que debía suprimirse.

«El alto y religioso espíritu de los legisladores en retraer á los litigantes de la prosecución de pleitos calumniosos, dice este autor, prescribió que el actor jurase que no entablaba su instancia por calumnia.»

«En el día es muy raro el uso de este juramento, pudiendo decirse con uno de los escritores prácticos, que es mejor su remoción absoluta del foro, que tolerarle como hasta aquí, por parecer jurar más bien los litigantes de estos tiempos de cometer la calumnia que de evitarla». Práctica universal forense, tomo 4º, pág. 78, números 23 y 24.

No aparece con todo, en la legislación española, ni en los Reglamentos pátrios, el que prevaleciendo la indicada opinión, se haya suprimido el juramento de calumnia; antes bien, las últimas disposiciones, suponen la vigencia de las leyes que lo establecían.

Así las leyes 2, tít. 16, lib. 11, Nov. Recop. y su concordante; 10, tít. 17, lib. IV, R. C., al declarar que los jueces deben resolver, tanto en los pleitos civiles como en los criminales, por la verdad que encuentren demostrada en el proceso, sin detenerse en la falta de las formas, aunque sean de aquellas que se consideren sustanciales é indispensables por tanto á la validez del juicio, á menos que la parte interesada hubiese reclamado en oportunidad su observancia, menciona expresamente, entre esta clase de formalidades, que siendo exigidas por el interesado no podrían omitirse, so pena de nulidad, el juramento de calumnia.

«Y lo mismo en no jurar de calumnia (habla de la omisión de las formas por parte del querellante), seyéndole pedido y mandado dos veces; que entonces, sentenciando el



juez sin se fazer lo susodicho, sea habido el pleito por ninguno.»

Además, en la hipótesis de que las leyes escritas podían ser derogadas por el uso ó la costumbre contraria, quien respecto á alguna de ellas, alegaba haber caducado de esa manera, era obligado á demostrarlo.

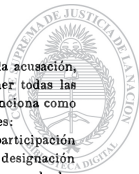
La prueba consistía en acreditar no solamente que en el espacio de diez años la ley no había tenido aplicación alguna, sino que tambien hubiesen recaído por lo menos, dos sentencias pronunciadas en juicios contradictorios, y en sentido opuesto á la disposición de que se tratara, ley 5ª, tít. 2º, part. 1ª; lo que ciertamente no se ha acreditado en el caso presente.

Tan no es exacto que el juramento de calumnia pueda considerarse suprimido en la práctica, que todos los autores, sin excepción de uno solo quizá, han determinado y continúan mencionando siempre aquella formalidad, entre las que se deben observar para entablar rectamente una acusación.

«En la acusación, dice la Curia Filipica, se pondrá el nombre del acusador y del acusado y el delito y lugar donde se cometió, y el mes y el año en que el delito fué cometido, *con juramento del acusador* de que no la faze de malicia; y de otra suerte no se ha de admitir.» Parte 3ª, par. 14, núm. 7.

«Debe expresarse en la querella, dice Tapia (edición de Madrid, 1846) los nombres del acusador y acusado, el delito, el día y lugar en que se cometió, é igualmente debe jurarse al final que no se procede de malicia, sino por creer delincuente á aquel á quien se acusa, sin cuyo requisito no la deberá admitir el Juez». Tomo VIII, pág. 3ª, núm. 2.

«La querella, dice Escriche, se hace por medio de un escrito que regularmente ha de contener. . . . 7º, el juramento de que no procede con malicia. (Diccionario de legislación y jurisprudencia, palabra juicio criminal, núm. 17, pág. 1009): doctrina que coincide absolutamente con la de Goyena, el cual la expone casi en los mismos términos, como puede verse en su Febrero reformado, tom. V, pág. 449.



En fin, el Dr. Lira, despues de prevenir que la acusación, por ser una verdadera demanda, debe contener todas las formalidades propias de cualquier demanda, menciona como requisitos especiales de la querella, los siguientes:

«1º Una relación razonada del hecho y de la participación que en él hayan tenido los inculpados. 2º La designación de la pena legal que debe imponerse á cada uno de los acusados. 3º El juramento de columnia, si el acusador no es agente del ministerio público». Prontuario de los juicios, tom. 3º, pág. 148.

Se vé, Exma. Cámara, por las doctrinas que acaban de aducirse, el que por más que no se acostumbre prestarse, ni suela exigirse en las acusaciones, el juramento de calumnia, esta solemnidad no ha sido suprimida, y que de consiguiente, el acusado, en el caso *sub-judice*, la reclamaba con derecho; siendo por tanto equivocada en esta parte, la resolución apelada que no le hizo lugar.

No puede decirse otro tanto respecto de la fianza de calumnia para responder á las resultas del juicio, exigida tambien por el acusado; pues en esto no le asiste igual razón, y aplica inconvenientemente las disposiciones legales que aduce en su favor.

Cierto es que las leyes, tratando de evitar los vejámenes que pueden originarse á cualquiera de una acusación calumniosa, han tomado las más serias precauciones, imponiendo severísimas penas á los acusadores que no justificasen la verdad de los hechos criminosos que imputaran al reo, y exigiendo asi mismo, al iniciarse el juicio, la correspondiente fianza que asegurase la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran seguirse injustamente al procesado.

Mas á este respecto el Derecho ha distinguido con mucho fundamento los acusadores oficiosos, de los que proceden solamente en cumplimiento de un deber, ó bien se ven en la necesidad de quejarse de alguna injuria ó agravio que ellos mismos han recibido, ya sea en sus personas ó en las de sus deudos mas inmediatos, como la esposa ó los hijos.



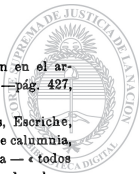
Los primeros son responsables, y deb'n ser castigados toda vez que no prueben cumplidamente los delitos que hubiesen imputado (calumnia presunta), los otros únicamente podrán ser responsabilizados en casos escepcionales, cuando además de no justificar debidamente los hechos alegados, se descubriese y demostrase que habian procedido con malicia (calumnia evidente).

La ley 26, tít. 1º, part. 7ª dá la causa de la distinción establecida, según la cual los que acusan injuria propia ó de los suyos, no deben ser castigados aún cuando no prueben legalmente su acusación: «porque estos atales se mueven con derecha razón é con dolor á fazer estas acusaciones, é non maliciosamente».

Así es que aunque las leyes 7, tít. 23, lib. 12, Nov. Rec. y su concordante 64, tít. 4º, lib. 2º, R. C., prohibieron en general admitir denuncias ó acusaciones, sin firma de alguna persona que respondiese de su contenido, dando fianza al respecto; como los que acusan por deber de su oficio ó por injuria propia, se hallaban exentos de responsabilidad salvo casos escepcionales, nadie ha entendido que les fuese aplicable la exigencia de la indicada fianza, que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad del acusador.

«Para precaver, dice Tapia, los daños y fatales consecuencias que se originan de las acusaciones calumniosas, está prudentemente prevenido, que desde el principio de la causa, se obligue al acusador á afianzar de calumnia, á lo cual nadie puede resistirse, pues todos están obligados á prestar esta fianza, escepto las personas siguientes: el que acusa injuria propia, ó el delito cometido contra los suyos». Febrero novísimo, tomo VIII, pág. 8, núm. 10.

«Entre los medios, dice Goyena, que la ley ha considerado como más oportunos para evitar las acusaciones calumniosas, ha sido uno el de exigir al acusador la fianza de calumnia, sin cuyo requisito no se le debe oír en juicio, á menos que no acuse por injurias propias, ó por muerte de su cónyuge ó por la de sus parientes dentro del cuarto grado,



ó sean de las clases esceptuadas que se enumeran en el artículo siguiente: ley 26, tít. 1º, part. 6ª, tom. 5º,—pág. 427, núm. 65.

Por último, y para omitir otras muchas citas, Escribhe, despues de definir lo que se entiende por fianza de calumnia, y de manifestar el objeto que ella tiene, agrega — « todos los acusadores están obligados á prestar la fianza de calumnia, menos los que están exentos de pena, aunque no prueben la acusación »—Larrea—Alegación 65, núm. 75—Gutierrez—Práct cuest lib 3º—Farinac, in Praxi, tom. 1º, Cuest. 16—Bovad. Polit. Lib. 5º, cap. 2º, núm. 91.

Aun parece ir más adelante el Dr. Tejedor, que hablando de la fianza de calumnia sin distinción alguna á su respecto, entre las diversas clases de acusadores, enseña que ya no se presta, sino cuando el acusado lo pide expresamente, hallándose constituido en prisión, ó sufriendo alguna otra molestia—Curso de Derecho Criminal, part. 2ª, pág. 75, número 138.

En resúmen, Exma. Cámara, la ley que estableció el juramento de calumnia de parte del acusador, es general, y no puede considerarse derogada; habiendo por tanto el acusado estado en su perfecto derecho para exigirlo; y siendo equivocada la resolución de que se apela, en cuanto no le hizo lugar.

La fianza de calumnia, teniendo por objeto asegurar la responsabilidad del acusador que no compruebe la verdad de los hechos imputados, no es aplicable al que, como en el caso presente, acusa injuria propia, y que solo sería responsable excepcionalmente, si se le demostrase haber obrado con evidente malicia: siendo de consiguiente arreglada dicha resolución, en cuanto desecha la exigencia de la expresada fianza.

Buenos Aires, Mayo 28 de 1888.

---

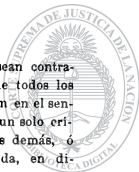


## SUMARIO

De la combinación de las dos leyes de Partida que hablan sobre esto, resulta: que solo es prohibido acusar por procurador, en los casos en que pueda resultar pena capital ó por lo ménos *corporis afflictiva*.—Doctrinas de Gomez, Elizondo, Tapia, Escriche y Tejedor, conciliando en este sentido las indicadas leyes.—Hoy debo tenerse presente, además, á este respecto, que no subsiste la pena del Talion; y en el caso de que se trata, que el acusador de injuria propia no está sujeto á pena aunque no pruebe la acusación.—En todo caso la pena no se impondría en el mismo juicio, sino en otro separado.

*Exma. Cámara.*—El punto que se debate en esta causa consiste en saber si se puede ó nó acusar criminalmente por medio de procurador, sobre lo cual existen y se citan dos leyes de Partida, que combinadas y conciliadas en sus disposiciones, arrojan la doctrina de que si bien no puede acusarse de la manera indicada, sobre crímenes ó delitos graves en que pudiera aplicarse pena de muerte, de efusión de sangre, ó destierro perpetuo, en los demás casos como de injuria ó calumnia, no es indispensable el que la querella se entable personalmente, ántes bien puede deducirse por apoderado, según lo ha resuelto el Juez del Crimen.

No siendo admisible contradicción entre las disposiciones



de un mismo Código, no puede suponerse que sean contrarias entre sí las indicadas leyes de Partida, que todos los autores entienden de la misma manera, y acuerdan en el sentido que queda expresado; no existiendo quizá un solo criminalista que á este respecto disienta de los demás, ó exponga la materia segun el derecho de Partida, en diversos términos.

Despues de establecer Gomez que no puede acusarse criminalmente por procurador, agrega «lo que sin embargo debe entenderse cuando por tal delito hubiese de imponerse pena corporal; pero sería al contrario, si solo se tratase de pena de destierro, de infamia ó pecuniaria; debiendo tenerse presente á este respecto la ley 14, tít. 5º, part. 3ª que dispone no se admita procurador en causa criminal, en que pudiera imponerse destierro perpétuo, aunque bien podría admitirse si solo se tratase de destierro temporal ó pena pecuniaria.» (Var. Res. tom. 3º, cap. 1º, núm. 13).

El Dr. Elizondo redacta el formulario de una querella criminal en términos que indican claramente ser admisible procurador en regla general y salvo el caso de escepción. El formulario dice así: «F. en nombre de N, de quien presento poder en debida forma, ante V. S. como más haya lugar en Derecho, me querello grave y criminalmente de A, y premiso lo necesario, digo etc.» (Práctica universal forense, tomo I, pág. 256).

El Dr. Tapia se espresa así sobre el punto que nos ocupa: «Ninguna persona puede acusar á otra, aunque sea en causa propia por procurador, sino que debe hacerlo por sí misma, escepto el curador de un menor (ley 6, tít. I, part. 7)»; mas esto se entiende en los delitos en que pueda resultar pena de muerte, perdimiento de miembro ó destierro perpétuo, pues en los demas bien puede acusarse por medio de procurador ley 12, tít. 5º, part. 3ª.—(Fehrero reformado, tomo 8º, lib. 8º, cap. 1º, núm. 5.)

Así mismo Escriche contrae ó restringe la prohibición de acusar por medio de procurador á los delitos de que puede

resultar pena de muerte, perdimiento de miembro ó destierro perpétuo» (Dic. de Legisl. y Jurisp. palabra *acusación*).

Por último el Dr. Tejedor, aunque parece generalizar la doctrina contenida en las leyes de Partida de que era prohibido acusar criminalmente por procurador, previene que *la práctica* ha desechado *ese rigor*, lo mismo que la fianza de calumnia, que ya no se presta, sino cuando el acusado la pide expresamente, constituido en prisión, ó sufriendo alguna otra molestia (Curso de Derecho Criminal, part. 2ª, lib. 2º, tit. 1º, cap. 4º, núm. 138.)

Finalmente, en cuanto á la aplicación de la máxima mediante la cual se exigía el comparendo personal del acusador, á saber, de que la justicia no se podría hacer en el procurador, deben tenerse presentes tres observaciones de todo punto aplicables á la cuestión.

1ª Que hoy no existe la pena del talió; 2ª que el que acusa injuria propia, aunque no pruebe la acusación no está sujeto á pena; y en fin, 3ª, que aunque resultando demostrada su malicia ó acreditado su delito, el acusador debería recibir pena; esto sería en juicio separado, y no en el mismo juicio por injuria ó calumnia.

Estas consideraciones Exma. Cámara, son las que fundan la opinión que constantemente ha sostenido el Fiscal, de que generalmente hablando y salvo los indicados casos de excepción, puede y debe admitirse procurador en causa criminal; y siguiendo ahora mismo esa doctrina, reputa acertada la resolución de que se apela; y solicita por tanto su confirmación.

Buenos Aires, Junio 20 de 1887.



# VISTA CXXVIII

## ACUSACIÓN CRIMINAL POR PROCURADOR



### SUMARIO

La disposición de la Ley de Partida que prohíbe acusar por procurador, se restringe por otra á los casos más graves en que pueda venir pena capital ó *corporis afflictiva*.—Doctrina de Gregorio Lopez explicando y conciliando ambas leyes en este sentido.—Debiendo ser de igual condición en el juicio los litigantes, en los casos en que se permita la escarcelación del reo bajo de fianza, no podría negarse al acusador el gestionar por apoderado.—Por el hecho mismo de admitirse fianza en tales casos, se resuelve que no puede venir pena corporal, y que la que recaiga, es subrogable por multa.

*Exma. Cámara.*—El Fiscal en la causa seguida por D. Luis Cazenave contra D. Otto Zindel por injurias reales, expidiéndose en la vista comunicada, dice: que á su juicio debe revocarse el auto apelado de fs. 18 vta. por el cual se niega al demandante la facultad de hacerse representar en este juicio por procurador.

La Ley que el Juez del Crimen invoca como fundamento de su resolución, y que prohíbe efectivamente constituir apoderado en causa criminal, se encuentra explicada por otra del mismo Código, que restringe esta disposición á los procesos más graves, de que pudiera resultar pena de muerte, pérdida de algún miembro ó destierro perpétuo.



Deduce de aquí su comentador Gregorio Lopez, y con él unánimemente todos los criminalistas, ser admisible el procurador, en todas las demás causas, aun cuando sean criminales, siempre que no tengan la misma gravedad.

Además, habiendo declarado la ley provincial sobre encarcelación bajo fianza, vigente en la capital, con arreglo a lo dispuesto en la Ley orgánica, que debe admitirse la fianza carcelera en todo delito, que como el presente, no pueda tener una pena de mas de dos años de prisión, resuelve implícitamente que ella no debe considerarse *corporis afflictiva*, y que bien puede subrogarse por una multa pecuniaria.

Siendo esto así, Exma. Cámara, no habría razón para prohibir, en tales causas, al reo defenderse por procurador: pues esto no supondría de modo alguno, como temía la Ley de Partida, citada por el juez *á quo*, que la justicia quedara burlada, no pudiendo cumplirse lo resuelto en el procurador: correlativamente, pues que es un principio de derecho y regla general de Procedimientos, que las partes del actor y del reo, deben ser de igual condición en el juicio, no habría tampoco razón alguna para prohibir en dichos casos, al querellante gestionar sus acciones por medio de procurador.

Sin embargo, el juez *á quo* despues de admitir al demandado la facultad de nombrarlo, contradiciéndose manifiestamente, le desconoce al demandante la facultad de nombrarlo cuando viéndolo bien, con más dificultad debia proceder lo primero que lo segundo.

V. E. además, en diversos casos ocurridos, interpretando la Ley, como la entiende el Fiscal, tiene resuelto ya el punto en cuestión, pues ha admitido al acusador en este genero de causas gestionar por medio de apoderado, y al admitirlo tambien esta vez, no haría otra cosa, que ser consecuente con sus procedimientos.

Buenos Aires, Juli- 1º de 1882.

# VISTA CXXIX

## SOBRE UN INFORME MÉDICO

### SUMARIO

**Relación del incidente—**Habiendo la Cámara solicitado informe del Consejo de Higiene sobre si el procesado se encuentra ó no demente en la actualidad, sin responder á la pregunta, contestó: que era epiléptico irresponsable—Devuelto este informe, exigiéndosele una respuesta precisa y categórica, se negó á expedir uno nuevo, y remitiendo por segunda vez el primero, agregó: que el reo no era loco, ni lo había sido jamás en sentido médico, pero sí, en sentido legal—Comunicada vista al Fiscal do esta contestación, observa que el Consejo se había extralimitado, pues tomando equivocadamente la locura en sentido legal, como equivalente de irresponsabilidad, venía á resolver por sí mismo una cuestión de derecho—Hace ver que el Consejo procede por los principios de la escuela positivista, la cual desconociendo la libertad en el hombre, suprime la moral y subvierte todas las instituciones—Afirma que la libertad es un hecho de conciencia y que por tanto estamos tan seguros de ella, como de nuestra propia existencia—Sostiene no ser exacto que la sensibilidad decida siempre en nuestra conducta, y que no es cierto que existan criminales natos—Que tampoco lo es el que pueda perderse de todo punto el sentido moral conservándose íntegra la inteligencia—Que la ley no reconoce la locura moral para eximir de responsabilidad: doctrina de Legrand de Soullé y de Taylor—Tendencia de cierta escuela médica á desconocer la libertad moral del hombre: prevención á los jueces de Mittermayer á este respecto —Examina las razones del Consejo de Higiene para negarse á dar un segundo informe—Equivocación que este sufre respecto al objeto y alcance del dictámen que se le pedía—Ese informe no tiene relación con la responsabilidad del reo, sino únicamente con la prosecución legal de la causa—Sobre el primer punto existía ya un informe médico legal aprobado, y no





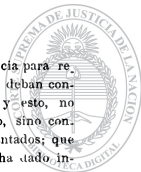
era admisible uno nuevo—Así estaba resuelto en el proceso que el Consejo había tenido á la vista y no podía ignorar esa resolución—Observa que también es un error equiparar con la sentencia el dictámen pericial, que bien puede ser suplido ó modificado—En fin, que resultando el expresado informe extraviado y dañoso en el fondo, irregular é ilegítimo en su forma, debía ser revocado—Resolución que conviene adoptarse en el caso, á virtud de la negativa del Consejo á expedirse en los términos en que correspondía

*Exma. Cámara.*—El proceder en todo sentido irregular del Consejo de Higiene respecto al informe que en esta causa le fué solicitado, en el cual estralimitándose completamente, se ocupa *in extenso*, sobre si Monjes es ó no responsable legalmente del atentado porque se le procesa; cuestión que nadie le había sometido, pero que él resuelve, sin embargo, de un modo oficioso negativamente; mientras hace absoluta prescindencia del único punto que le había sido propuesto; negándose en seguida á reformar su dictámen en términos convenientes, si fuese tolerado por V. E. vendría á producir graves complicaciones, introduciría gran confusión, y por último dejaría establecidos precedentes perjudiciales.

En esta consideración, al imponerse el Fiscal del actual incidente, no ha podido menos de encontrar procedente en el caso y sumamente correcta la resolución de V. E., mandándole devolver al Consejo de Higiene el expresado informe, y ordenándole el que se espida de nuevo, con la prevención de que debe concretarse exclusivamente á la materia de la consulta que se le ha dirigida.

Efectivamente, el Consejo no es llamado á intervenir en la causa, sino en calidad de auxiliar del Tribunal, para suministrarle los datos científicos que necesite, sobre los puntos que se le indiquen; y de ninguna suerte para resolver por sí mismo, como lo hace, la cuestión legal sobre la responsabilidad penal del procesado; lo que ciertamente no le era permitido.—Caravantes, nota al § 1º, sección 2ª, parte 1ª del tratado de las pruebas por Bonnier, pág. 124.

Dejar de contestar la única pregunta que el Tribunal había formulado, es por lo menos un descuido gravísimo



é inescusable; pero atribuirse además competencia para resolver puntos de derecho, á saber: qué personas deban considerarse responsables del delito y de la pena; y esto, no según los principios establecidos en el Código, sino conforme á los que él supone mejores y más adelantados; que á su juicio debieran prevalecer, y á los cuales ha dado inmediata aplicación, es por cierto un verdadero avance: en fin, pretender hacer al Tribunal órgano para solicitar la reforma de la Legislación vigente, en el sentido de las extraviadas y dañosas doctrinas positivistas, que con tanta lijereza expone, es en realidad una demasía incalificable.

## I

Para probarlo el Fiscal no cree necesitar más que hacer el resumen neto y claro de esas doctrinas, extractado del documento que nos ocupa, el cual resumen se reduce á lo siguiente:

El hombre es pura materia; procede con toda probabilidad del mono, y carece de alma espiritual; obrando en consecuencia necesariamente, sin que sus actos sean buenos ó malos, ni puedan merecer en justicia premio ó castigo condignos, pues están destituidos de moralidad.

La virtud y el vicio son nombres vanos y vacíos de sentido; pues todo consiste en la organización física, heredada ó modificada artificialmente: así es que hay individuos predestinados al crimen, *criminales natos*; porque la conducta depende exclusivamente de la sensibilidad, sin que la razón pueda contrarestar sus tendencias.

Por lo mismo, es de todo punto indiferente el sistema moral ó religioso que se profese; y nada absolutamente influiría en la honestidad de un hombre, ser ateo en religión y epicúreo en moral; ó bien profesar los más austeros y rígidos principios contenidos en la divina doctrina del Evangelio.

Se puede perder enteramente el sentido moral, hasta con-



vertirse en un verdadero idiota, conservándose, sin embargo, íntegra y lúcida la inteligencia; de suerte que la locura (*risum teneatis*) es compatible con la más brillante inteligencia en pleno y perfecto ejercicio, sin que la empañe la más ligera sombra, denominándose entonces *locura moral*.

Si bien no existe en el hombre por más cuerdo que se encuentre, lo que la ley y el sentido común llaman libertad la cual sirve de fundamento á la imputabilidad penal, en cambio los locos, sonámbulos, beodos involuntarios y hasta los niños menores de diez años, pueden y deben ser responsabilizados criminalmente; por virtud de cierto principio novísimamente descubierto.

Como respecto á tales aberraciones, utopías y paradojas, ni siquiera se ha intentado su demostración, reduciéndose todo á proclamarlas con el mayor aplomo, no habría para qué entrar en su refutación, limitándose por esto el exponente á exhibirlas en su horrible desnudez, á denunciarlas ante el buen sentido, y á hacer reparar á V. E. la clase de doctrinas de que se intenta constituir solidario al Tribunal, al solicitar su apoyo en favor de ellas, para llevarlas á la práctica y convertirlas en instituciones.

## II

La libertad moral del sér racional es un hecho de conciencia, y estamos por tanto tan seguros de ella como de nuestra propia existencia; de manera que si aquella no fuese un criterio infalible de verdad, por consecuencia lógica é irremisible, tampoco tendríamos certidumbre alguna de que existimos.

Cierto es que las pasiones provienen de nuestra constitución física; y es indudable también que el temperamento ó la organización especial de cada individuo, enjendra en él propensiones á ciertos vicios ó delitos de una clase determinada, á veces vehementísimas y sumamente violentas; pero que, sin embargo, siempre pueden y deben ser reprimidas por la energía de la voluntad, dirigida por la razón.



Entre todos los instintos animales, ninguno es más poderoso en verdad, que el de la propia conservación unido al amor innato de la felicidad, que nos estimula incesantemente y en todos los momentos, á resguardar nuestra vida, evitar todo daño, y precaver en fin cualquier peligro que nos amenace aún antes de que la reflexión nos lo advierta.

En el bruto, no siendo contrarestandos en manera alguna sus instintos, los obedece sumisamente por necesidad: de aquí el que ninguno de ellos atente jamás contra su vida; pero en el hombre esos instintos pueden ser avasallados, y efectivamente son dominados por la voluntad, como lo demuestra diariamente la multitud de suicidios que presenciábamos.

¿Cómo se explica esto? Progresando de día en día la corrupción, y cundiendo por desgracia el materialismo, el que sufre los rigores de una suerte adversa, si llega á amilanarse, y se persuade por otra parte de que nada hay despues de la muerte, concluye como es consiguiente, optando por poner término á su existencia, antes que prolongar indefinidamente sus padecimientos.

La historia y la esperiencia atestiguan asimismo, para probar que el hombre puede sobreponerse á las más fuertes propensiones y á los más enérgicos instintos, que en todo tiempo ha habido héroes y mártires, que no solo han sacrificado voluntariamente su vida en áras de la patria ó en homenaje á sus creencias, sino que tambien por obedecerlas, han resistido los tormentos mas espantosos, físicos y morales.

Los mismos que indudablemente se sublevarian contra el dogma teológico de la predestinación gratuita á la gloria, desde toda la eternidad, admiten sin dificultad la abominable doctrina de la predestinación al crimen, que por otra parte carece de todo fundamento racional.

A los que desconocen la influencia en la conducta de una persona, de los principios porque se dirige y de las doctrinas que profesa, convendría recordarles el dicho que

el patriarca de Ferney, acostumbraba repetir entre sus amigos:  
«¡Dios me preserve de una sirviente libre-pensadora!»

### III

En fin, no existe locura moral; la apreciación rigurosa de la libertad de los alienados, no depende exclusivamente de los desórdenes de la sensibilidad; no puede admitirse la conservación del sentido moral, cuando se ha perdido la inteligencia; ni viceversa, su total subversión conservándose íntegra la inteligencia; por lo que la ley no reconoce esa clase de locura, mientras aquella no se encuentre afectada.

Legrand de Saullé, después de referir el sistema de Lemoire diciendo que consiste en apreciar rigurosamente la libertad, de los alienados por los desórdenes de la sensibilidad, aunque pueda conservarse todavía el libre albedrío, producido ya un desarreglo bien manifiesto, agrega:

«No sucede, sino cuando la turbación de la sensibilidad ha escedido cierto límite, el cual es imposible determinar, que el hombre no goze ya de su libertad y no deba considerársele responsable de sus actos; este límite, que es muy difícil de fijar, no es para nosotros sino el principio de la locura, el momento en que la razón sana hasta entonces, se turba bajo la influencia de una enfermedad orgánica ó funcional, frecuentemente incidiosa, y cuyos progresos se constatan á la vez, sin poderse medir.

«El hombre atacado de una enfermedad del estómago, del hígado, ó de cualquiera otro órgano, que haya de llegar á enloquecerse, presenta desórdenes de la sensibilidad, antes de perder el goce de su libre albedrío. El marcha visiblemente á la enagenación mental; pero esta no puede, sin embargo, ser constatada con certidumbre, sino en el momento en que sobrevienen las primeras turbaciones de la razón; este hombre enfermo es libre; y no deja de serlo sino al mismo tiempo en que pasa á ser un alienado»—Tratado de medicina legal, Parte 3ª, cap. 9, sección 2ª, parr. 1ª, pág. 641.







Oigamos á Taylor sobre el mismo punto que nos ocupa: «Rara vez, dice este autor, las facultades mentales se encuentran alteradas, sin que las sensaciones morales participen de este desórden; y á la inversa, no puede aceptarse el que las sensaciones morales lleguen á pervertirse en una extensión cualquiera, sin que la inteligencia se encuentre afectada; porque la perversión de aquella se señala generalmente como uno de los síntomas determinados en el desórden de la razón. La turbación intelectual es á veces difícil de descubrir; pero en todo caso de verdadera locura, ella existe más ó ménos, y sería una práctica en extremo peligrosa, declarar á una persona afectada de locura, cuando no existe prueba sobre la existencia de ésta.

«La ley no reconoce la locura afectiva como un estado independiente; así cualquiera que sea el grado de la perversión de los afectos, sensaciones morales ó sentimientos, el médico legista debe siempre buscar algún indicio de turbación en la razón. Al punto de vista médico, hay, según el doctor Prichard, dos especies de locura intelectual, mas al punto de vista legal, no existe sino una: la que afecta el espíritu. La locura afectiva no es admitida como causa de irresponsabilidad en los actos civiles ó criminales sino cuando está acompañada de turbación intelectual» Tratado de medicina legal, lib. 6º, cap. 61, pág. 834.

#### IV

Pero por múltiples y concluyentes que sean las pruebas en sentido contrario, desde hace algún tiempo, Exma. Cámara, se nota en cierta escuela médica, la propensión á desconocer la libertad; como tambien la pretensión de subordinar esclusivamente á su dictámen, la resolución de las grandes cuestiones filosóficas, en las cuales carece manifiestamente de competencia.

Teniendo presente esta observación, y tratando de precaver la total subversión de la jurisprudencia criminal, si tales



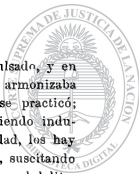
tendencias prevaleciesen, previene el célebre Mittermayer: «que si el magistrado advierte que los peritos (facultativos médicos) admiten tal ley ó tal principio reconocido como erróneo, en *materia de libertad humana, por ejemplo*; que reconocen tal estado del alma (esta vez se niega la existencia misma del alma) como exclusivo del discernimiento, cuando las sanas teorías jurídicas y psicológicas le han negado este carácter, no puede dar fé á su dictámen, así basado en premisas radicalmente falsas.» De la prueba en materia criminal, pág. 197.

Tambien Carabantes, hablando del dictámen pericial en causas criminales, se espresa así: «Aunque por lo común son muy atendidas en todos los asuntos las declaraciones de los peritos, dice un profundo escritor, deben mirarse no obstante, con mucho cuidado y reserva los dictámenes dados sobre estas materias, tan delicadas y trascendentales, en que es tan fácil y de tanta consecuencia el error. De aquí es que está en manos de los jueces conformarse con tales pareceres ó desecharlos.» Nota al § 2º, pág. 136.

Mas no se trata todavía de la fe que se merezca el informe en cuestión, por las doctrinas que aduce como fundamento: si llegase el caso de discutirse ese punto, el Fiscal tendría mucho más que observar; por lo pronto debe concretarse á examinar su admisibilidad; no siéndole difícil patentizar, que semejante documento no sería aceptable, cualesquiera que fuesen los principios en que se basara, ya por su forma de todo punto irregular, como por virtud de los antecedentes legales, que en el caso presente obstan á su admisión.

## V

A pesar de que Monjes había reconocido en juicio constantemente y con la mayor repetición, que en el hecho porque se le procesa, procedió con entera conciencia y en pleno ejercicio de su razón, lo que de otra parte resultaba confirmado y exacto por la manera en que se condujo,

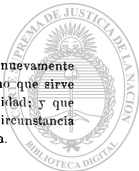


por los móviles que manifesó haberlo impulsado, y en fin, por la relación detallada del suceso, que armonizaba perfectamente con la indagación judicial que se practicó; como manifestara que padecía de epilepsia, siendo indudable que entre los que sufren esta enfermedad, los hay que pierden á veces la razón; tal circunstancia, suscitando dudas sobre el estado moral del reo, al cometer el delito, hizo necesario un reconocimiento médico.

Este se decretó, pues, en primera instancia, á solicitud del Defensor, y fué practicado en forma perfectamente legal, del modo más escrupuloso y satisfactorio, por los distinguidos facultativos doctores don Marcelino Aravena y don Julian Fernandez, nombrados de común acuerdo, los cuales se espidieron en un estenso y erudito informe, y en él arribaron por unanimidad á la conclusión de que Monjes no era loco; y de que en el hecho de que se trataba habia obrado conscientemente; aunque siendo en verdad epiléptico, opinaban tambien que sería justo, que al graduarse la pena, se tomase en consideración su enfermedad; la que excitando sobre manera el sistema nervioso, lo tenía predispuesto á arranques violentos y difíciles de reprimir.

Este informe médico legal contra el cual ninguna observación se dedujo en oportunidad por las partes, á saber: el Defensor y el Fiscal, fué además aprobado por el Juez de la causa, aceptando sus conclusiones, y tomándolas por base de su resolución definitiva; con lo cual, la cuestión sobre el estado moral de Monjes al cometer el delito y su consiguiente imputabilidad, quedó legalmente concluida, sin que en lo sucesivo pudiera ser permitido en manera alguna volver sobre ese punto.

Es de notarse tambien, que á pesar de que el Defensor disconformándose con la sentencia del Juez del crimen, interpuso contra ella el recurso de apelación, que le fué concedido libremente; al expresar agravios ante V. E. nada dijo ni alegó contra el expresado informe; razón por la que en su contestación, el exponente manifestaba que en



esa virtud bien podría escusarse de analizar nuevamente el estado de Monjes, cuando ejecutó el hecho que sirve de materia á la causa, respecto á su imputabilidad; y que solo lo verificaría por tanto, con relación á la circunstancia atenuante que del expresado informe se deducía.

## VI

Sin embargo, conclusa ya la causa, llamados los autos para definitiva, y aún señalado día para la vista, que á petición del Defensor se postergó varias veces, por último solicitó nueva postergación con el objeto de que, antes de que aquella tuviere lugar, se procediese á un segundo reconocimiento médico-legal del procesado, para determinar si el delito le era imputable ó no; pero V. E. con mucha razón no hizo lugar á esa petición, y la desechó expresamente por resolución de fojas 491, sin perjuicio de que el tribunal pudiera ordenar más tarde las informaciones que estimase necesarias.

Esa resolución por la cual se desechaba la solicitud de un nuevo reconocimiento médico del procesado, para determinar el estado de sus facultades intelectuales al cometer el delito, era arreglada sin duda de ningún género; porque si una cuestión como la del estado moral del reo, se ha de resolver por dictámen de peritos, en tésis general, basta un solo informe, y tampoco debe admitirse más; pudiendo únicamente haber lugar á un segundo reconocimiento, cuando los peritos no hubiesen estado del todo conformes entre sí; ó bien cuando siendo deficiente su dictámen, no satisficiera al juez, (Mittermayer, obra citada, pág. 185); circunstancias que ciertamente no concurrían en el caso.

Como se comprende á primera vista, la práctica contraria de solicitarse y admitirse nuevos reconocimientos y dictámenes judiciales, aunque nada se hubiese objetado, ni podido objetarse al primero, sería por cierto viciosísima y



de resultados los más perjudiciales; pues con ella, los procesos como el presente, en que se controvertiera la indicada cuestión, jamás terminarían; ó al menos, no podrían tener otro término que la absolución del acusado, pues su Defensor nunca se conformaría con un informe que no le fuese favorable; y pretendería sucesivamente nuevos reconocimientos, hasta obtener algún dictámen en el sentido que le conviniese.

Con todo, el Defensor denunciando nuevos accesos epilépticos de Monjes y arrebatos posteriores al primer reconocimiento, observaba: que si en la actualidad aquel hubiese caído en demencia, el proceso no podría continuar legalmente, por cuanto el reo se hallaría en la imposibilidad moral de defenderse. (Tejedor, nota al art. 13, tit. 1º, libro 2º de su proyecto de Código Penal) y V. E. reparando también sin duda, al estudiar la causa, que en la opinión de graves autores, todo epiléptico puede por lo menos ser considerado como candidato á la locura, es decir, propenso á caer en ella, creyó indispensable averiguar antes de pronunciar sentencia, si efectivamente el reo había incidido ó no en ese estado.

Dictó, pues, para mejor proveer, el auto de fojas 509 vta., en que se mandaba que el Consejo de Higiene informase, *sobre si el procesado estaba ó no actualmente en estado de demencia*. Los antecedentes mencionados demostrarían con toda claridad, cuando esta no resultase de sus propios términos, que la indicada pregunta no tenía por objeto averiguar si el reo es ó no responsable del delito porque se le procesa, punto esclarecido ya, y sobre el cual el tribunal acababa de rehusarse á pedir nuevo dictámen; sino únicamente el determinar si la causa podía continuar de un modo legal, ó sí, por el contrario, en razón de la demencia actual de Monjes, debía suspenderse su curso mientras ésta subsistiese.

VII

Además de ser bien precisa y clara la pregunta propuesta al Consejo de Higiene, habiendo éste tenido el expediente en su poder y estudiándolo para expedirse, no ha ignorado seguramente los precedentes de que acaba de hacerse mérito, ni la resolución á que se ha hecho referencia, ni ha podido tampoco pasar desapercibida para él, la causa que motivó la renuncia ruidosa del Defensor Dr. Argerich y demás incidentes, que de la mencionada negativa se originaron.

Mal pretende entonces el Consejo de Higiene, después de todo esto, justificar su conducta, al prescindir en su precitado informe del punto que se le consultaba, sobre si Monjes se encuentra demente ó nó en la actualidad, para ocuparse de resolver si debe serle imputado ó no el delito de que se le acusa, con decir: que en uso de sus atribuciones, interpretó en este sentido la indicada pregunta.

Aparte de que la primera regla de interpretación es abstenerse de interpretar lo que no lo necesita por ser bastante claro, encontraba ya resuelto en los autos que tuvo á la vista, que no era admisible, según Derecho, un segundo informe pericial sobre el mismo punto decidido antes, por otros facultativos nombrados al efecto.

Mal puede tampoco pretender, como pretende, sin embargo, sin fundamento alguno, que su respuesta categórica y precisa á la pregunta que se le dirigió, de si Monjes en la actualidad estaba ó no fuera de su razón, sin discutir al mismo tiempo su responsabilidad en el delito de que se le acusa, habría sido capciosa, sofística y hasta punible; lo cual supone caprichosamente, que el tribunal le había dirigido una pregunta capciosa, sofística y hasta punible, cuando ella de ningún modo tenía por objeto, como equivocadamente se establece, determinar la responsabilidad legal del procesado; sino que su alcance y su efecto se reducían exclusivamente, según se acaba de demostrar, á averiguar si la causa





podría ó no continuar en justicia; puntos completamente diversos é independientes.

Aun en la hipótesis de que el procesado debiera ser responsabilizado legalmente, si en la actualidad se encontrase demente, siendo imposible la defensa mediante esta circunstancia, la causa tendria que suspenderse; y viceversa, aunque no siéndole imputable el delito, en estos momentos se encontrase, sin embargo, en su juicio, la causa debería continuar su curso ordinario, no obstante que la resolución que en ella recayera, hubiese de ser absolutoria.

Dedúcese de aquí manifiestamente, la deplorable y trascendental equivocación que ha padecido el Consejo de Higiene, según se desprende de su exposición, respecto al objeto, alcance y efectos legales de la cuestión que se le propuso, error que lo ha inducido á estralimitarse, disertando estensamente sobre puntos del todo inconducentes, y haciendo al mismo tiempo la más completa prescindencia, del único que interesaba ó debía dilucidar.

## VIII

En un caso semejante ¿quién podría poner en duda, con el más lijero fundamento siquiera, el perfecto derecho del tribunal para no admitir ese informe, y requerir otro en los términos fijados de antemano? Nadie, seguramente, ni el mismo Consejo de Higiene, que si bien procura explicar su proceder, no desconoce en manera alguna el que V. E. obre dentro de sus atribuciones.

Esto no obstante, recordando inoportunamente su independencia, desde que, por otra parte, reconoce que la ley le impone el deber de ilustrar á los jueces sobre los puntos en que necesiten, el auxilio de sus luces, con una inconsecuencia remarcable, se niega esta vez á verificarlo, por razones de ningún momento y del todo inadmisibles.

Pretende, en efecto, que le es imposible producir un nuevo informe, dentro de los términos que se le prescriben,



por la misma razón que á V. E. no le sería permitido, después de haber dado su sentencia definitiva, pronunciar una segunda. ¡Estraño y original argumento!

A nadie se le habia ocurrido jamás hasta ahora, equiparar la última sentencia que pone fin al pleito, y en que termina la jurisdicción del tribunal que la pronuncia, con el dictámen pericial, que no es otra cosa que una mera diligencia preparatoria, perteneciente á la tramitación.

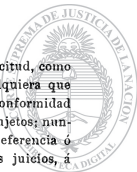
Se ha comparado el dictámen de los peritos con las declaraciones de los testigos, pero entre ambas cosas existe la diferencia de que, mientras estos deponen sobre hechos que se perciben por los sentidos, los peritos arriban á sus conclusiones, deduciéndolas por el razonamiento, de los principios científicos ó doctrinas que rigen la materia; respecto á las cuales se previene, sin embargo, contra lo que esta vez se ha verificado, que deben ser inconcusas ó incontrovertibles—Mittermayer, cap. V. «Reglas para apreciar la fuerza probatoria del exámen pericial» regla 1ª, pág. 192.

De la indicada diferencia se desprende tambien, que mientras á los testigos no se les permite alterar sus declaraciones una vez que las han prestado en juicio, los peritos por el contrario, bien pueden modificar sus primeras opiniones, sin que esto importe una tacha contra su honorabilidad, sino mas bien, un proceder plausible y digno de elogio, cuando fuese fundado en motivos razonables.—Mittermayer—De la prueba en materia criminal, pág. 191.

Mas, el Consejo de Higiene no se limita á negar el nuevo informe que se le pide, sin aducir según se ha visto razón alguna atendible, sino que devuelve el primero, insistiendo en que le sea admitido, no obstante su deficiencia y manifiesta inconducencia; y declara además, que interpretará por desaire su rechazo.

Esto es demasiado. Exma. Cámara; los jueces tienen en su favor la presunción de derecho; y de consiguiente, á no mediar graves motivos en sentido contrario, su conducta debe interpretarse á la mejor parte.





Cuando admiten ó no hacen lugar á una solicitud, como cuando aceptan ó desechan un documento, cualquiera que sea su importancia, proceden por justicia, en conformidad á las reglas del procedimiento á que se hallan sujetos; nunca por espíritu de desaire, ni viceversa, por deferencia ó cortesía; que no tienen aplicación alguna en los juicios, á efecto de relajar esas reglas.

## IX

Al insistir el Consejo de Higiene en que le sea admitido su primer informe, negándose á expedir uno nuevo, en los términos en que corresponde, no desconoce que en aquel se había prescindido enteramente de la cuestión que se le propuso, sobre si Monjes se encuentra ó no demente en la actualidad, y ha estimado por esto conveniente el mencionarla en la nota de remisión.

Lo hace, pues, de paso y solo de un modo incidental, en términos puramente hipotéticos, sin afirmar nada de un modo positivo, ni mucho menos, aducir fundamento alguno de la resolución; la cual indica de una manera tan poco comprensible, que si ex-profeso se hubiese procurado producir oscuridad y confusión, jamás el éxito pudiera ser más completo en ese sentido.

Dice que Monjes nunca estuvo ni está loco, en la acepción médica de esta palabra; pero que lo está ahora y lo estuvo antes en el sentido legal de la misma; pero como nadie puede ser tenido legalmente por loco, sino el que los tribunales declaren tal, con arreglo al informe de facultativos (código civil, art. 142), quienes seguramente no lo clasificarán por loco; de otro modo que con sujeción á los principios de la ciencia que profesan, no se concibe la posibilidad de que el reo deba ser considerado legalmente loco, cuando según dichos principios se reconozca que no lo está.

Examinándose detenidamente el informe del Consejo de



Higiene, se advierte que éste toma la palabra loco en la acepción legal, en el sentido de irresponsable; lo que importa un error evidente, pues la irresponsabilidad puede venir de otras muchas causas, como la edad, la beodez involuntaria, el sonambulismo y demás, cuya apreciación corresponde á los jueces; limitándose en todo caso las atribuciones de los médicos á constatar científicamente, los hechos de que aquella proceda, ó que deban determinarla.

El código civil, comprende las diversas clases de locura, la que por otra parte es muy difícil de definir con exactitud, bajo la palabra genérica de demencia; es posible que este concepto no corresponda de todo punto á las nociones de la medicina; pero tal circunstancia no podría dar por resultado que el reo sin ser loco, en realidad, debiese no obstante ser tenido legalmente por alienado; desde que la definición de la locura adoptada por la ley, nunca pecaría por estensa, sino más bien por estrecha.

Tampoco la indicada circunstancia podía escusar al Consejo de Higiene de resolver si en la actualidad Monjes se hallaba demente ó loco, exonerándolo del cumplimiento de su deber; así como nadie se escusaría de la observancia de los términos legales, so pretexto de que la palabra «término» es correlativa de la de «tiempo», el cual no puede definirse con exactitud.

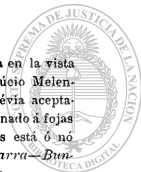
En conclusión, á juicio del Fiscal, V. E. debe ordenar nuevamente la devolución al Consejo del informe de que se trata, junto con la nota de remisión, previniendo al secretario no los reciba más; y nombrar al mismo tiempo una comisión de los médicos alienistas más reputados, á fin de que, previa la aceptación jurada del cargo, resuelvan sobre el punto consultado.—Buenos Aires, Abril 2 de 1888.—*Gerónimo Cortés.*

---

Buenos Aires, Abril 4 de 1888.—De conformidad con lo pedido por el señor Fiscal, devuélvanse al Consejo Nacional

de Higiene los informes á que se hace referencia en la vista precedente, y nómbrase á los señores doctores Lúcio Meléndez, Manuel Blancas y Felipe Solá, para que previa aceptación del cargo en forma, expidan el informe ordenado á fojas 509 vta., sobre si el procesado Ignacio Monjes está ó no actualmente en estado de demencia.—*Yofre—Barra—Bunge—Ortiz—Aguirre—*Ante mí: *A. M. Larroque*

---





## PROCEDIMIENTO EN CASO DE COMPETENCIA

## SUMARIO

Pendiente una demanda ante el Juez de Comercio, el Juez en lo Civil á solicitud del demandado, se declaró competente en el asunto y le reclamó su conocimiento. El Juez de Comercio, accediendo á la inhibitoria, mandó pasar los autos al de lo Civil que se los reclamaba; de cuya providencia apeló el demandante.—La Cámara de lo mercantil tomando conocimiento del asunto, revocó esta providencia, y ordenó al Juez á quo procediera como correspondía.—En virtud de esta resolución, dicho Juez, dando por establecida su jurisdicción, mandó que el demandado contestase, lo declaró rebelde y marchó adelante en el asunto.—El interesado apeló entonces, y dijo de nulidad de tales procedimientos, cuya legalidad hay que examinar.—Estos son efectivamente viciosos, pues la referida resolución de la Cámara no importaba dirimir la competencia.—Ni siquiera aquel Tribunal habría podido hacerlo, ya porque la competencia aún no estaba formada, como por no ser superior común respecto de ambos Jueces contendores.—Revocada la mencionada resolución del Juez de Comercio, en que accedía á la inhibitoria solicitada por el de lo Civil, debía proveer según el estado de la causa.—Lo que en realidad correspondía era, que defendiera su jurisdicción, declarándose en competencia con el Juez Civil.—En el orden regular del procedimiento, no podía ocuparse de lo principal en el asunto, sin resolverse antes legalmente la cuestión de jurisdicción.—Por consiguiente todo lo hecho, procediéndose en sentido contrario, es de ningún valor.

*Exma. Cámara*—La mala inteligencia dada á la resolución de V. E. de fecha 18 de Mayo del año ppdo., corriente á fs.

(1) Esta vista se refiere á la LXVII del T. 2º.



70 y 71 en su parte resolutive, ha traído una serie de procedimientos equivocados que con razón, á juicio del Fiscal son reclamados por la parte apelante, y que conviene dejar sin efecto, reponiendo la causa al estado en que se hallaba después de expedirse la referida resolución, á fin de que ésta sea cumplimentada en su verdadero sentido.

Para fijarlo, conviene recordar los antecedentes y la cuestión sobre que recayó la citada resolución. Habiendo reclamado el Síndico definitivo del concurso del Banco Argentino la devolución á éste de una finca poseída por los Sres. Unzué, á quienes suponía haberseles entregado indebidamente, en pago, después de hallarse fallido dicho establecimiento, razón por la cual como por otras que alegaba, la enagenación debía considerarse nula, los demandados se presentaron ante el Juez en lo Civil Dr. Molina Arrotea, exponiendo á su vez el caso, y procurando demostrar que el asunto era de su competencia, con el objeto de que, declarándolo así, solicitase del Juez de Comercio que entendía en él, se inhibiese de su conocimiento, y remitiese los autos obrados ante él.

El expresado Juez en lo Civil, procedió en todo de conformidad á la referida solicitud; se dirigió en consecuencia, al Juez de Comercio pidiéndole que se inhibiera, y reclamándole efectivamente los autos obrados en su tribunal; petición á la cual defirió á su vez el Juez requerido, ordenando por auto de 17 de Noviembre del 85 que corre á fs. 36, la remisión de los expresados autos; pero no quedando conforme con esta providencia el Síndico del mencionado concurso, apeló de ella para ante V. E., y el asunto se elevó, por tanto á la Exma. Cámara por el recurso de apelación.

Ahora bien, ¿cuál era entonces la cuestión á resolverse por V. E. ?—No era otra ciertamente que la de si debía considerarse arreglada ó nó, la providencia por la cual el Juez de Comercio, desprendiéndose del conocimiento del asunto de que se trata, ordenaba la remisión al Juez en lo Civil de los autos de la materia.

La resolución de esta cuestión se relacionaba seguramente



con la de saber á qué jurisdicción correspondía el conocimiento del asunto, y si éste se había de considerar civil ó mercantil; pero lo que se trajo á V. E. no era evidentemente una cuestión de competencia entre dos jueces; pues ésta, aunque había surjido en el Tribunal Civil, no llegó á formalizarse, en razón de que el Juez de Comercio requerido por aquel para que se inhibiese, lejos de resistirlo y defender su jurisdicción, defiriendo desde luego á la inhibitoria, ordenó, como se ha referido, la entrega y remisión de los autos.

Si el asunto hubiera debido considerarse como contienda de competencia entre dos jueces; siendo estos de diversa jurisdicción, y careciendo de un superior común, este Tribunal no habría podido resolver legalmente.

El Fiscal lo habría observado como lo ha hecho en casos análogos; y V. E. habría resuelto también, que el Tribunal no era competente, según lo ha resuelto efectivamente en otros casos ocurridos.

Si tanto el Fiscal como V. E. al resolver el recurso de que se ha hecho mérito, se ocuparon de examinar la naturaleza del asunto, y las razones que existían para considerarse civil ó mercantil, lo hicieron solamente por la conexión de estos antecedentes, con la resolución de que se trataba, de si era acertado ó nó el proceder del Juez de Comercio, al desprenderse del asunto, y ordenar la remisión de los autos al Juez requirente.

Así es que, según puede verse en su vista de fs. 47 á 64, el Fiscal concluía aconsejando á V. E. la revocación de la providencia reclamada, en que se ordenaba esto último; y el que se previniese al Juez *á quo*, que debía defender su jurisdicción, declarándose al efecto en competencia con el Juez Civil.

No importaba tampoco otra cosa la resolución de V. E. espedita en conformidad al dictámen Fiscal, por la cual se revocó realmente la indicada providencia si bien, al hablar-



se de la devolución de los autos al Juzgado de Comercio, se agregaba: «para que proceda como corresponde.»

Bien pues, ¿qué era lo que legalmente hablando, le correspondía hacer al Juez de Comercio, una vez desaprobada su resolución de remitir los autos al Juez en lo Civil? Es indudable, Exma. Cámara, que debía negarlos y oponerse en consecuencia, á la pretensión del Juez en lo Civil, que se los requería, formalizando así la competencia.

Es indudable esto, decía el Fiscal, porque no conteniendo la resolución de V. E. otra cosa, que la revocación del auto en que se ordenaba por el Juez de Comercio, la entrega del expediente de que se trata, el mandar cumplir esta resolución, tampoco debía importar otra cosa, que la negativa á la entrega de dicho expediente.

Revocada la providencia apelada, el Juez de Comercio debió considerar repuesta la causa al estado que tenía antes de haberse dictado; y siendo de su deber dar curso al asunto, al exminar su estado se encontraba precisamente, con que existía ante él una demanda, cuyo conocimiento con los autos se le reclamaban por el Juez Civil; no pudiendo en manera alguna expedirse en el caso según lo resuelto por V. E., de otro modo que negando la entrega de dichos autos, y motivándolo con las razones que militaban en favor de su jurisdicción, es decir, formalizando una competencia que aún no se había resuelto, pues que ni siquiera estaba formada; y que tampoco habría podido ser resuelta por la Exma. Cámara, que carecía de atribuciones para ello.

Al dar curso nuevamente el Juez de Comercio al asunto, se hallaba como se ha notado, con que se le había suscitado una competencia; y siendo indispensable en el orden natural y legal de los procedimientos, procurar la resolución de aquella, antes de pasar á ocuparse del fondo de la cuestión, esto era lo que correspondía hacer al inferior, formalizándose y tramitándose ante todo, la competencia pendiente.

En todo juicio, Exma. Cámara, y tratándose de su procedimiento, lo primero es fijar la jurisdicción del Juez que

ha de conocer en el asunto; y cuando al respecto surge duda ó se suscita contienda, no le es permitido absolutamente desentenderse de ella y pasar adelante, sin dejar antes, dirimida legalmente la indicada contienda.

Repuesta la causa al estado que tenía antes de ordenarse la remisión de los autos al Juez en lo Civil; y existente una competencia de jurisdicción suscitada por éste, aún no resuelta ni tramitada siquiera, de ninguna suerte puede decirse, que ordenando V. E. el que se procediera como correspondía en el caso, lo que había que hacer, era desentenderse de la cuestión pendiente de jurisdicción, para pasar á ocuparse del fondo del asunto.

Este procedimiento por el contrario, importaría la inversión en el orden sustancial del juicio, que no podría dejar de producir la nulidad de todo lo obrado; siendo sin embargo el indicado procedimiento, el que se ha adoptado por el Juez *á quo*; razón por la que el exponente no puede dejar de apoyar la pretensión de la parte apelante, que reclama de tales procedimientos, pidiendo se declare su nulidad.

Buenos Aires, Febrero 24 de 1887.

---







## DECLINATORIA OPUESTA AL JUEZ DEL CRIMEN

## SUMARIO

Habiendo acusado el Juez de Comercio como calumniosa, una publicación en que se le atribuía prevaricato, el acusado negó la competencia del Juez del Crimen—Fúndase la declinatoria en que el querellante estando sujeto solamente al juicio político, dicho Juez no podría castigar el prevaricato, ni de consiguiente, admitir prueba sobre él—Esta consecuencia no era admisible, porque debiendo aquel decidir si en la publicación acusada, ha habido ó no calumnia, á este efecto es indispensable la indicada prueba; y el Juez estaba autorizado á recibirla—En el presente juicio el Juez del Crimen no podría en verdad, castigar al prevaricato; pero eso mismo sucedería, aunque el acusador no fuese aforado—Sin embargo, resultando justificada la imputación, dicho Juez debería comunicarlo á la Cámara de Diputados, para que en ejercicio de sus atribuciones, promoviese el juicio político—Es pues infundada, y debe rechazarse la mencionada declinatoria, confirmandose la resolución apelada.

*Exma. Cámara.*—El Fiscal instruido de la declinatoria de jurisdicción que opone al Juez del Crimen el Dr. D. Serafin Alvarez acusado ante él, de calumnia, por el Juez de Comercio Dr. D. Justo Ortiz, á quien por la prensa imputó prevaricato, dice: que V. E. no debe hacer lugar á la indicada escepción confirmando el auto apelado, y devolviendo el proceso para su prosecución.



El apelante funda la incompetencia del Juez del Crimen, para conocer en esta causa, en que hallándose el acusador sujeto solamente al juicio político, y no pudiendo de consiguiente, ser penado por el Juez del Crimen, aun cuando resultase cierto el prevaricato, no le es permitido tampoco recibir prueba acerca de él, como sería indispensable en el juicio de que se trata.

Este razonamiento es equivocado, pues el indicado juicio no tiene por objeto el castigo del Juez Dr. Ortiz, sino solamente averiguar si en la indicada publicación ha habido ó no calumnia.

Para demostrar la afirmativa el acusador Dr. Ortiz puede producir la prueba que le convenga, como estaría en su perfecto derecho para hacerlo el Dr. Alvarez en sentido contrario; sin que obstase nada al Juez que entiende en la causa á fin de recibir la indicada prueba.

Es verdad que aun resultando provado el prevaricato, el Juez no podría castigarlo en este juicio, pero esto mismo sucedería aunque el acusador no fuese aforado; porque en todo caso, la sentencia debería limitarse á decidir si había habido ó no calumnia; pues para llegar al castigo del delito, se necesitaría todavía un juicio separado.

Idéntica tramitación correspondería en el caso *sub judice* porque el Juez del Crimen se concretaría á resolver en definitiva, si el Dr. Ortiz había sido calumniado ó no, al llamársele prevaricador.

No por eso el delito de prevaricato quedaria impune; y si resultase que no habia habido tal calumnia, por haber existido realmente aquel delito, el Juez del Crimen entonces, ó el mismo Dr. Alvarez, en uso del derecho de petición, que corresponde á todo ciudadano, podría y debería dirigirse á la Honorable Cámara de Diputados, á fin de que asumiendo la actitud conveniente, promoviese ante el Senado, el castigo del Juez prevaricador.

No es pues, una consideración atendible para negar la competencia del Juez del Crimen en el juicio actual de ca-

lumnia, el que no se pudiera castigar al acusador, porque no es este el objeto, ni sería nunca el resultado legal de ese juicio.

El Fiscal escusa entrar en el exámen detallado de los alegatos del apelante, que considera del todo inconducentes, creyendo suficiente lo espuesto, para manifestar el acierto de la resolución apelada, cuya confirmación solicita.

Buenos Aires, Setiembre 18 de 1882.



**COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. EN EL HOMICIDIO**

*Exma. Cámara:*— Habiéndose instruido el Fiscal de la causa seguida contra Antonio Scarchelo por lesión inferida á Rafael Díaz, el cual ha fallecido á consecuencia de aquella, según se supone, debe manifestar á V. E. que la comprobación del cuerpo del delito, si este ha de considerarse como homicidio, deja mucho que desear, siendo indispensable, en su concepto, el que se subsane las deficiencias que ha notado.

Desde hace algún tiempo observa el Fiscal que se ha variado la práctica en lo relativo á la comprobación del cuerpo del delito, porque cuando antes inmediatamente de fallecer un herido, con motivo de cuya lesión se seguía proceso, se practicaba la autopsia del cadáver, é informaban los médicos que hubiesen asistido al enfermo, sobre todo si este se curaba en algún hospital, hoy todo se reduce á pedir la partida de defunción consignada en el registro civil.

Ahora bien, Exma. Cámara; esta práctica no es legal, ni basta ciertamente para dejar acreditado el cuerpo del delito, respecto á las heridas de que se sigue la muerte; porque si bien dicha partida acredita la defunción del herido, y además suele indicarse en ella haber fallecido de aquella herida, esta indicación no es lo bastante en manera alguna, para dejar establecido legalmente ese hecho.



Por lo regular la partida de defunción, en cuanto á la causa de la muerte, se refiere al informe no juramentado de algún médico, que las más de las veces no se sabe quien es, y el cual para emitir su opinión ni practica autopsia, ni expone siquiera las consideraciones médico-legales, en que se funda su dictámen, el cual por consiguiente es deficientísimo.

Así sucede en el caso presente, porque solo consta que la contusión recibida por Diaz fué considerada grave, y suponiendo que lo que se expresa en la partida de defunción sacada del registro civil y que corre á f. sea que el mencionado Diaz falleció á consecuencia de un golpe, no puede saberse si es el mismo que le infiriera con una pala Scarchelo, ó si por desgracia tuvo alguna caída, ó de cualquier modo recibió despues otra contusión, lo que ciertamente no sería imposible.

Aún dando por sentado que el herido falleció por causa del golpe que recibió del procesado, tampoco se sabe si este resultado ha sido consecuencia necesaria de aquel, ó si por lo menos la muerte suele ser efecto ordinario de golpes de esta clase; y en resúmen, no hay datos bastantes en el proceso para clasificar el delito de homicidio.

En esta consideración, pues, el Fiscal viene en solicitar de V. E. el que se devuelva este proceso al juez del crimen, para que indagando los médicos que hayan asistido á Diaz, haciendo declarar tambien al que expidió el certificado de defunción, y practicando en fin, las demás diligencias del caso, constate debidamente el cuerpo del delito, con relación al homicidio que se trata de castigar.

---

# APENDICE

---

## ALGUNOS TRABAJOS SOBRE DERECHOS DE AGUA

---

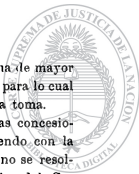
### PRIMER ESCRITO

### RELACIÓN DE LOS HECHOS

Don Francisco y D. Juan Ducasse dueños de un molino situado sobre el Rio Primero y cuya toma se encontraba más abajo de la de otro molino conocido por de las Huérfanas perteneciente al Dr. D. Teodomiro Paez ; lo mismo que respecto á la que sirve al acueducto Municipal para conducir el agua del expresado rio á un lago artificial que forma el paseo público, desde el cual se riegan las quintas, rehicieron hace pocos años su establecimiento, montándolo á la moderna ; y como notasen el mucho desnivel del terreno en que existe, quisieron aprovecharlo para mover con la misma agua, por la gran fuerza que aquel producía, dos diversos juegos de piedras, colocando uno debajo del otro; y así lo realizaron.

Sin embargo, el resultado no correspondió á sus esfuerzos; pues el agua represada en el estanque no subió bastante, ni adquirió suficiente presión; de suerte que solo alcanzaba á hacer andar el primer juego de piedras, mientras quedaba de consiguiente inutilizado el otro mecanismo ; siendo la





única manera de salvar la dificultad, traer el agua de mayor altura, tomándola en algún punto más elevado, para lo cual se hacía indispensable cambiar la situación de la toma.

Aunque por sus títulos consistentes en antiguas concesiones, les asistía derecho para verificarlo, procediendo con la mayor prudencia y procurando toda seguridad, no se resolvieron á ejecutarlo, sin solicitar antes el permiso del Gobierno; que habiendo pedido efectivamente, previos los trámites del caso, se les concedió por último; y en su virtud iniciaron los trabajos de nueva toma y prolongación del canal.

Entonces el Dr. Paez que se consideraba con derecho preferente al uso del agua; la cual suele escasear en el invierno; por ser su molino más antiguo que el de los Ducasse, notando que su toma vendría á quedar más abajo que la de éstos; y reputando el hecho solo de cambiarla, como un acto ilegítimo y perturbatorio de su posesión, se opuso desde luego y denunció los indicados trabajos, á fin de que se suspendieran provisoriamente, y se prohibiesen en definitiva.

Hizo más, pues estimuló al Consejo Ejecutor de la Municipalidad, cuya toma venía á quedar en situación semejante á la suya, es decir, más abajo que la que construían los Ducasse, para que procediendo administrativamente, impidiese el trabajo; y aunque el Consejo no se animó á obrar de esa manera, reclamó del Gobierno revocase la concesión; y como no lo consiguiese, ocurrió también á los Tribunales deduciendo el derecho de que se creía asistido: á estas cuestiones se refieren los escritos que van á continuación.

#### SUMARIO :

Ilegalidad y falta de fundamento en la demanda.—Los meros recelos, temores ó sospechas de perturbación no pueden motivar una acción posesoria.—De nadie se presume mal por la posibilidad de abusos, antes de producirse hechos que los acrediten.—Los ataques á la posesión son siempre fáciles,



y no hay manera de precaverlos.—La garantía de aquella consiste únicamente en la represión de los actos ilegales.—El ejercicio de un derecho propio, como el cambio de toma con permiso de la autoridad competente, no puede importar perturbación.—Para que ésta exista es preciso que se ejecute indebidamente algún acto, que restringiendo los derechos del poseedor, redunde en beneficio del que lo realice.—Tratándose de obra nueva, para pedir el amparo de la posesión, no es necesario esperar que se concluya; pero aquella debe ser tal, que una vez terminada, no pueda dejar de producir perjuicio.—Es inexacto que el derecho de los ribereños inferiores al uso del agua, sea de peor condición que el de los ribereños superiores; pudiendo muy bien á veces resultar mejor.—La acción administrativa es inadmisibile en un país libre, para resolver cuestiones de derecho que afecten la propiedad.—No es propio del juicio posesorio discutirse la calidad de los derechos.—La posesión debe considerarse simplemente como un hecho; y la que se tiene del agua, no se altera porque otro cambie ó suba su toma.—No por ser preferente el derecho del Dr. Paez podría impedir que los Ducasse subiesen su toma aunque cuando faltase agua, la pudiera hacer cerrar.—El privilegio sería relativo únicamente, á las épocas de escasez, y no para cuando el río se encuentre abundante.—Aunque el molino del Dr. Paez fuese más antiguo que el de los Ducasse, no lo era respecto al derecho sobre el uso del agua de la finca, en que este último se encuentra situado.—Cuando se establecieron ambos molinos, había sin duda en el río, agua suficiente para uno y otro.—En este supuesto, aunque llegase á faltar después por concesiones abusivas, no habría razón para que uno solo soportase el déficit.—Los vicios de dolo, fraude y simulación atribuidos al título ó concesión obtenida por los Ducasse son puramente imaginarios.—Para demostrarlo se refleren el objeto y trámites de la solicitud, haciéndose ver lo infundado de la oposición que se le hizo.—Se demuestra con varias reflexiones la seriedad y sinceridad del objeto manifestado





en la solicitud.—La apreciación de los motivos que la fundaban correspondía á la misma autoridad que era competente para acordarla.—El Poder Administrativo es soberano; y mientras no exceda sus atribuciones, ni perjudique derechos adquiridos, sus actos no están sujetos á revisión.—Respuesta á algunas observaciones del contrario.—La vista del Fiscal de Gobierno en el asunto.—El Ejecutivo no podía aceptarla sin desaprobar sus propios actos; pues existían precedentes de que aquella prescindía.—Los recelos de cuestiones con los Ducasse, de parte del Dr. Paez, porque aquellos suban su toma, ó las complicaciones que supone resultarán en sus relaciones jurídicas, no demuestran que la concesión ataque sus derechos.—De otra suerte sería necesario admitir que á nadie podría acordarse agua para el riego, más arriba de su toma; pues siempre resultarán complicaciones.—El permiso para cambiar la toma no importa nueva concesión de agua, ni en la de los Ducasse existe indeterminación alguna.—La cláusula de *sin perjuicio* en una concesión, es puramente de forma, y no hace hipotético ó condicional el derecho que confiere.—Para usar de aquella el agraciado, nada tiene que probar; y presumiéndose su validez, quien la impugne, alegando perjuicio en sus derechos, tiene que probarlo.—Aunque es verdad que la intervención de la autoridad en el reparto de las aguas, tiene por objeto poner orden en su aprovechamiento; y debe evitarse conceder á á uno, lo que hubiese sido acordado á otro, el permiso á los Ducasse para subir su toma, no importa nueva concesión, sino el reconocimiento de la que disfrutaban.—En una solicitud no puede presumirse obrección, por no haberse manifestado un hecho público y notorio; pues éste se supone conocido.—El que posea un derecho de agua, aunque se suponga preferente respecto de otro, no puede impedir á éste subir su toma, pues esto importaría una servidumbre de no hacer.—En épocas de escasez solo tendría la facultad de hacerle restringir, ó suspender el uso cerrándose la compuerta, mas no la de suprimirla.—¿Cómo debe conducirse la



autoridad para el reparto de las aguas, donde las corrientes son verdaderos torrentes, que crecen en verano y disminuyen mucho en el invierno, conciliando al respecto los derechos establecidos, con la necesidad de desarrollar la agricultura y la industria?—Entre los ribereños, no es exacto que la calidad de superiores les acuerde de por sí, preferencia respecto á los inferiores.—Llegando á escasear el agua, en términos que no alcance para todos los que la disfrutaban legalmente, no es cierto que deba faltar solo para los de más abajo, indemnizándose cada uno á espensas de los otros; sinó que debe dividirse en proporción y con equidad.—El Dr. Paez nunca estuvo en posesión del derecho para impedir á los Ducasse el subir su toma, el cual supondría una servidumbre; ni puede decir perturbada aquella por ese solo hecho, pues no supone necesariamente el abuso.—Siendo toda agua corriente por cauce natural, del dominio público, las concesiones para su aprovechamiento no deben considerarse como derechos reales y perpétuos, en términos que no puedan restringirse.—Según el mismo principio, á los ribereños de ríos ó arroyos no les asiste ningún derecho especial, exclusivo, ó privilegiado, para aprovechar las aguas.—No es exacto, como se pretende de contrario, que el agua corriente solo sea pública, para beber, lavar y bañarse, pues que lo es asimismo, para todos los usos de la agricultura ó de la industria.—Tampoco es exacto que nuestro Código Civil sin hacer innovación alguna, conserve simplemente, lo que se hallaba establecido por el Derecho Romano.—Este para beber, lavar y bañarse no declaraba pública el agua, sino común; lo cual es muy diverso; considerando públicas casi todas las corrientes para los demás usos.—Nuestro C. Civil yendo más adelante, declara pública toda agua que corre por cauce natural para todos los usos, incluyendo los arroyos que el Derecho Francés reserva á los ribereños.—Tampoco es exacto que el C. Civil conserve el Derecho Español, pues las Partidas siguieron el Derecho Romano, cuyas disposiciones no son idénticas á las de aquel. — El Código se

conforma á las Leyes de Indias que efectivamente hacían comunes las aguas; lo cual se nota como una especialidad, que no existiría si solo se refiriesen á los usos de beber, lavar y bañarse, para los cuales no dejan en España de ser comunes las aguas.—El sentido de la doctrina del Código se determina aún más por la de Goyena, con la cual es concordante y por las explicaciones de su propio autor e Dr. Velez, que no dejan duda alguna.—También resulta más claro, del exámen comparativo de sus disposiciones con los principios establecidos por la Jurisprudencia Francesa.—Cualquiera que sea la naturaleza del derecho al uso de las aguas, nadie podría ciertamente turbarlo de un modo arbitrario; pero el demandante no justifica la perturbación solo con demostrar que aquel derecho es real.—Para acreditarla el Dr. Paez precisaba probar que la concesión de que se trata, menoscabando y restringiendo sus derechos, ampliaba el de los Ducasse.—Lejos de acreditar esto, reconoce por el contrario, que dicha concesión salva sus derechos; y en ese supuesto, no pueden perjudicarle los trabajos que se practican, pues que no son, sino la ejecución de aquella.—El demandante solo alega el temor ó recelo de pleitos; pero las acciones posesorias solo se refieren á la turbación por las vías de hecho; y en ningún caso aquellos lo serian seguramente.—El Dr. Paez alega que su derecho es excepcional pero la pretensión de un derecho anómalo es inadmisibile; pues que no existen otros derechos reales, cual clasifica el suyo, que los que el Código reconoce.—Lo que quiere decir, sin animarse á manifestarlo con claridad, es que goza también servidumbre para impedir á los Ducasse subir su toma, lo cual no acredita.—Que este hecho no importa de por sí turbación en la posesión, lo resuelve la ley de Partidas, al permitir que á pesar de existir ya un molino, pueda establecerse otro, á condición de no privar al primero del agua de que se servía.—Esta condición indica manifestamente, que la toma del nuevo molino haya de situarse más arriba que la del antiguo, pues de otra suerte no podría perjudicarle;





y sin embargo, el hecho se declara lícito.—La finca de los Ducasse por sus títulos goza servidumbre activa en las de más arriba, para poder conducir por ellas el agua.—No han podido perder ese derecho, por haberse limitado á tomarla de más abajo.—En fin, les fué reconocido á sus antecesores, en juicio contradictorio con los causantes del Dr. Paez; y de consiguiente, existe cosa juzgada en favor de aquellos.

*Señor Juez de Sección:*

Adolfo Lafosse, apoderado de D. Francisco y D. Juan Ducasse, dueños de los molinos que llevan sus nombres, situados á la banda norte del «Rio Primero», con la extensión de terreno que les acuerdan diversos títulos, constituyendo domicilio en la calle San Martín N° 56, en la demanda entablada por el Dr. D. Teodomiro Paez, á fin de que se ordene la suspensión de los trabajos que practican dichos señores para cambiar su toma, y se declare además que no tienen derecho para hacerlos, ante V. S. expongo: que semejante pretensión es completamente arbitraria, pues carece de todo fundamento de justicia, y como tal debe ser desechada con las costas ó indemnización de perjuicios que se ocasionen á mis representados.

1

§ 1° Bien analizado, señor Juez, el largo escrito de demanda á que contesto, causan verdaderamente asombro la ligereza y precipitación con que el demandante se ha lanzado á un juicio, para sostener el cual no encontrará de seguro, un solo principio jurídico que lo apoye, ni un solo hecho que pueda servir de fundamento serio, á sus apreciaciones pesimistas y temerarias.

Se advierte manifiestamente que, preocupado el doctor Paez de fantasmas y vanos temores sobre peligros químicos, que amenazan sus intereses por causa del indicado trabajo, se ha entregado á mil cavilaciones; y demorando



demasiado la atención sobre ellas, ha concluido por dar cuerpo y realidad á sus aprensiones, tratando de convertirlas en hechos ciertos y positivos; y lo que es más, de hacerlas servir de fundamentos á una resolución judicial.

Efectivamente, el escrito de demanda es una obra de pura imaginación, en la cual en vano se buscarían los hechos que es necesario rectificar, los argumentos que es preciso satisfacer para contestarla; pues todo consiste en suposiciones falsas, en apreciaciones caprichosas y en presunciones temerarias: todo es fraseología nebulosa y vana; siéndole perfectamente aplicable el célebre dicho de Shakespeare « *palabras, palabras y más palabras.* »

2º La demanda podría sintetizarse en efecto así: Los Ducasse subiendo la toma más arriba que la del doctor Paez, se colocan en la posibilidad de abusar en perjuicio suyo; debe presumirse pues que abusarán, suponerse realizados esos abusos y declararse trnbada la posesión.

Este modo de raciocinar es viciocísimo, lógica jurídicamente y bajo cualquier aspecto que se le considere. La lógica establece: que de la mera posibilidad no se puede deducir el hecho como consecuencia: *de potentia ad actum non valet consequentia*. La jurisprudencia nos enseña: que de nadie se presume mal sin que se pruebe: *nemo presumitur malus nisi provetur*.

No debe presumirse mal de quien se versa en cosa lícita, sin haber autorizado jamás la sospecha por antecedentes desfavorables, que nunca pueden consistir en el ejercicio de un derecho propio.

3.º Pero el adagio dice: *quien tiene las hechas tiene las sospechas*; ahora bien, el doctor Paez, valiéndose de su posición de ribereño superior, les ha privado muchas veces del agua á los Ducasse, aunque él no la precisase, ni la hubiese de utilizar.

Hasta siete dias seguidos, el año pasado, recibiendo el agua por la compuerta, la ha largado por el desagüe, sin



haberla aprovechado, pero impidiendo con esto que aquellos molieran.

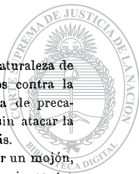
He aquí, pues, el verdadero origen de los expresados recelos del doctor Paez: teme que los Ducasse poniéndosele más arriba obren como él ha procedido respecto de ellos, aunque en realidad no sea ese su propósito.

4.º Voy á tener cuestiones, dificultades y pleito, dice el doctor Paez, y lo que es peor, pleitos en que tendré que hacer de actor. Pero ¿por qué supone que los Ducasse no le han de respetar sus derechos, cuya legitimidad jamás han puesto en duda? Si no le han movido cuestiones y pleitos, cuando les ha privado del agua sin aprovecharla, antes les ha sobrado paciencia, ¿por qué los provocarían ahora?

Si es él mismo quien piensa promoverlos, mal puede quejarse de la perspectiva de tenerlos: sobre todo, no los promueva sino cuando tenga razón, y entonces de seguro que los ganará, escarmentando también así á sus contendores: menor mal serían los pleitos para él, que es abogado, que para los Ducasse, hombres puramente industriales, de todo punto contraidos á sus trabajos, y que nada abominan tanto como los pleitos. ¿Qué no han hecho para evitar el presente? V. S. lo sabe muy bien.

5.º ¿Cómo se habían de determinar, observa también el doctor Paez, los respectivos derechos en la nueva situación?— Se haría, es claro, por medio de peritos, cuando esa determinación y deslinde, llegasen á ser necesarios: esta no es una dificultad tal, que deba obligar á los Ducasse á sacrificar sus derechos, en obsequio á la mayor comodidad de su competidor.

6.º ¿Subsistiría, sin embargo, la posibilidad de abusos? Los Ducasse, lo repito, están dispuestos á respetar religiosamente los derechos del doctor Paez; pero si aquellos sucediesen, sería entónces que podría hacer uso de sus acciones posesorias, para ser mantenido en el goce de estos: antes de eso y sin ningún hecho abusivo no se concibe, ni



puede existir turbación de posesión. Por la naturaleza de las cosas, aún en el orden social, los abusos contra la posesión son siempre fáciles, y no hay manera de precaverlos absolutamente por medidas preventivas, sin atacar la libertad individual y los derechos de los demás.

Cualquiera podrá una noche destruir ó remover un mojón, romper un cerco, ó cometer un acto de violencia contra el poseedor; pero éste tendrá espeditas sus acciones para reintegrarse ó indemnizarse del daño sufrido: en eso y no en otra cosa, consisten las garantías legales de la posesión.

7.º Para que haya realmente turbación de posesión, es necesario que se ejecute indebidamente algún acto, que, restringiendo los derechos del poseedor, ceda en aumento y beneficio del que lo realiza: de lo cual se deduce claramente, que ese acto no ha de consistir en el ejercicio de un derecho propio.

Es verdad que, tratándose de obra nueva, para deducirse acciones que tengan por objeto ser amparado en la posesión, no es preciso esperar que se concluya aquella, y que se verifique realmente la agresión, sino que el poseedor puede muy bien prevenirla oponiéndose desde luego, á que los trabajos vayan adelante.

Sin embargo, es necesario al menos, que la obra que se construya sea tal que, considerándola terminada, no podría dejar de perjudicar al poseedor, y que por sí misma importe restricción ó disminución á sus derechos, en la extensión en que legalmente se han ejercitado.

Mas esto no sucede en la obra de los Ducasse: el cambio de toma con permiso de la autoridad competente y en uso de su perfecto derecho; pues él no supone necesariamente el uso de mayor cantidad de agua de la que antes tomaban, ni vice versa, la disminución de la que correspondía al doctor Paez.

8.º En demostración de una verdad tan óbvia y tan palmaria, supongamos que terminados los trabajos denunciados y establecida la nueva toma de loo Ducasse, se



limitasen á tomar la misma cantidad que antes usaban y que les corresponde, cómo deben hacerlo ¿en qué se habrían menoscabado los derechos del denunciante? ¿dónde estaría la usurpación, dónde la turbación de la posesión?

Si pues todo depende en el presente caso, de la manera en que los Ducasse usen de su nueva toma, que así como podría ser abusiva, muy bién puede también ser legítima; antes que se conozca, nada hay que funde suficientemente la queja que se ha entablado, pues la nueva obra no importa de suyo, ni supone necesariamente perturbación en la posesión del doctor Paez.

Esto es todo lo sustancial de la demanda, señor Juez, y aquí podríamos dar por terminada la contestación; pero, sin duda que resaltará más su improcedencia, analizándola en cada uno de los fundamentos que en su apoyo se han aducido, como voy á verificarlo, á fin de que mi silencio no pueda ser interpretado por asentimiento á tantos conceptos equivocados ó falsos que se emiten.

9.ª Empieza el demandante mencionando la escasez de agua en el río, y las dificultades con que por esta causa lucha en el molino que tiene establecido, que le colocan en una situación azarosa, en medio de la cual dice haber sido sorprendido por la noticia de los trabajos de nueva toma empezados por los señores Ducasse, con el objeto de *evadir los rigores que soportan en su calidad de ribereños inferiores.*

El doctor Paez supone pues desde el principio, que los nuevos trabajos de los Ducasse tienen por objeto aumentar el volumen de agua que alcan actualmente, arrogarse preferencia cuando el río escasea, ó bien privarle de la que él se atribuye: nada de esto es así, porque como lo explicaré despues, las ventajas que se procuran son muy diversas.

Le sería imposible al doctor Paez acreditar sus asertos sobre ese punto, porque no tiene ni puede tener hecho alguno que los justifique, tratando inútilmente de suplir la





prueba con débiles ratiocinios é interpretaciones violentas, que el más ligero análisis bastaría á desbaratar.

Sin embargo, ese falso supuesto es toda la base y fundamento de su demanda, todos sus argumentos descansan en él y adolecen, por consiguiente, de un vicio radical, el cual consiste en dar por demostrado lo mismo que debe probarse, que se denomina en la lógica *petición de principio*.

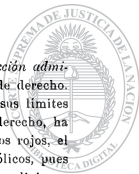
10. El demandante incide también en un error que se insinúa desde el comienzo, y que vá reproduciendo despnes en todo el decurso de su escrito, cual es el de considerar superior de suyo el derecho de los ribereños superiores, inferior el de los ribereños inferiores.

Esta doctrina es completamente equivocada; pues el derecho de un ribereño, inferior no es en manera alguna de peor condición que el del que se encuentra más arriba, lo cual es un mero accidente que nada influye; y aún puede muy bién por muchas causas y diversos títulos, resultar á la vez preferente respecto al del ribereño superior, el del que se encuentra situado más abajo.

Se exceptúa quizá aquel en cuyos terrenos nace la corriente de que se trate, mientras no salga de ellos; pero fuera de este caso el hecho solo de atravesar ó tocar otros terrenos, no confiere en ella derecho alguno á los ribereños, ya sean superiores ó inferiores. Art. 27, tít. 6º. Lib. 3º C. C.

Este error tan manifiesto y trascendental, es con todo, otro de los fundamentos del escrito que contesto, en el cual campea libremente y se reproduce de continuo, como una doctrina la más corriente, generalmente admitida y muy bien cimentada.

11. Refiere en seguida el doctor Pacz, que apercibido del peligro que corrían sus derechos y deseando evitar este pleito, ocurrió á la Municipalidad excitando su acción administrativa. ¡Triste confesión, señor Juez! Se trataba por un abogado de suprimir la discusión razonada y la resolución ilustrada é imparcial del magistrado, reemplazándolas



por la más ruda fórmula del despotismo, *la acción administrativa*, resolviendo con ella las cuestiones de derecho.

La acción administrativa llevada más allá de sus límites razonables y aducida para resolver cuestiones de derecho, ha sido y es actualmente, en Francia de parte de los rojos, el gran instrumento de opresión contra los católicos, pues mediante ella han sido disueltas las congregaciones religiosas, violándose el derecho de asociación, el sagrado del domicilio y el de enseñanza que les reconocían los tribunales.

Mi denuncia, agrega el doctor Paez, reconocida justa en el fondo, no ha tenido resultados prácticos: es todo lo contrario: reconocido que no le incumbía á la Municipalidad defender derechos particulares, ha producido con todo un pleito entre la Municipalidad y los Ducasse. ¿Qué resultados más prácticos?

¡Y es el mismo doctor Paez quien á renglón seguido enrostra á los Ducasse haber procurado para su solicitud un abogado de influencia! ¡Pero si en este país la influencia vale tanto! ¡Si todo el que la tiene bien sabe aprovecharla, sacando de ella el mejor partido posible!

Es falso, señor Juez, que mis representados especulasen en la influencia del doctor Viso, que mucho antes de adquirirla, tenía ya un estudio bastante concurrido con una regular clientela.

Mas al fin los Ducasse, lo que solicitaban del Gobierno era una cosa que podía concederles legalmente, y sin agraviar ningún derecho; mientras que el doctor Paez buscaba la acción administrativa para decidir un pleito, es decir, provocaba un atentado.

12. Pero volvamos á la cuestión: el escrito de demanda se divide en estos tres capítulos: nulidad del título de los Ducasse, ineficacia del mismo, perturbación que la obra produciría en la posesión del demandante.

Estos tres capítulos bien podrían refundirse en uno solo, pues el doctor Paez no tendría derecho para reclamar la nulidad del título, sino en cuanto perturbase su posesión,



y la ineficacia de aquel depende naturalmente de la supuesta nulidad; más el objeto en dividirlos era aumentar, sino en el peso, al menos en el volumen, los fundamentos de la demanda.

13. Como introducción al primer punto, el doctor Paez observa que la toma de su molino se encuentra más arriba de la que en la actualidad usan los Ducasse, y que aquel es también más antiguo que el de estos; el cual dice datar de principios de este siglo; mientras que el suyo remonta por lo menos á mediados del pasado, ya que no sea contemporáneo á la fundación de la Ciudad.

De estos antecedentes infiere que su derecho para usar el agua del rio necesaria á su molino, es de preferencia sobre el de los Ducasse; y clasificando en seguida el cambio de toma que estos intentan, por una resolución que suprimiría dicha preferencia, deduce que no podría menos de menoscabar su posesión.

14. En un juicio de la naturaleza del actual no sería conducente, entrar á discurrir el origen, extensión y calidad de los derechos del doctor Paez, y me basta hacer notar lo equivocado y erróneo de su apreciación respecto de lo que importaría el hecho de subir su toma mis representados.

No es cierto, en manera alguna, que él pudiera cambiar, ni que en efecto alteraría la naturaleza de los respectivos derechos, los cuales continuarían los mismos que hubiesen sido hasta el presente, pues la situación superior ó inferior de la toma en nada influye al respecto.

15. Admitamos, pues, hipotéticamente, el derecho privilegiado, excepcional y especialísimo que se atribuye el demandante: admitamos más aún, y supongamos que en su virtud, cuando falta agua en el río para los dos molinos, en vez de dividirla turnándose, debiese usarla él solamente.

Esto demostraría ciertamente, que en épocas excepcionales ó en cierta estación, el doctor Paez podría hacerles cerrar su compuerta á los Ducasse, después que la hubiesen situado más arriba de la suya, pero de ninguna suerte que su de-



recho alcance también, á impedirles absolutamente que la establezcan donde les convenga.

Su privilegio solo podría tener aplicación en épocas de escasez de agua; pero, siendo evidente que hay otras en que por el contrario, el agua abunda y sobra para los dos molinos, ¿con qué derecho les impediría que al menos entonces, reciban el agua por la nueva toma?

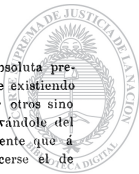
¿Qué perjuicio podría causarle la nueva toma, limitándose su uso cuanto fuese necesario á salvar sus derechos? En realidad, ninguno: una cosa es la cuestión de si los Ducasse con permiso del Gobierno, puedan ó no subir su toma, otra muy diferente la de determinar cuál es en épocas desfavorables, el uso que hayan de hacer de ella: el doctor Paez debe comprender estas cosas, cuya distinción es tan clara y sencilla.

16. Pero hay más, señor Juez; ni los antecedentes que establece son exactos, ni aún cuando lo fueran, resultarían admisibles las consecuencias que deduce en favor de su privilegio, como voy á observarlo ligeramente, por no ser estos puntos concernientes á la cuestión actual.

Bien puede ser el molino del doctor Paez más antiguo que el de los Ducasse, aunque no creo que remonte más allá del año ochenta y uno del siglo pasado, sin ser también anterior el derecho de agua, como inherente á la finca y en cantidad suficiente á construir un molino.

El derecho al agua de las tierras de mis representados en la cantidad que *necesiten y puedan sacar* es anterior, y mucho más antiguo que el molino del doctor Paez, pues se obtuvo en 4 de Marzo de 1672, por merced del Gobernador don Angel de Peredo en favor de don Sebastián de Adaro y Cabrera, cuyo documento acompaño en 4 fojas útiles: siendo evidente que la concesión posterior á Lopez no pudo hacerse, sino salvando los derechos ya existentes.

17. Demos, sin embargo, que el derecho de agua para el molino del doctor Paez fuese mucho más antiguo que el de los Ducasse, ol cual data solamente de principios del



siglo actual; no por eso demostraría aquel la absoluta preferencia que se atribuye. Es muy cierto que existiendo ya un molino establecido, no se pueden hacer otros sino en cuanto no causen perjuicio al primero, privándole del agua que le pertenecía; pero también es evidente que a principios del siglo actual, bien pudo establecerse el de los Ducasse sin perjuicio alguno para aquel, ya por que el rio debía ser más abundante que hoy, como porque sus dueños podían disponer á este objeto de una gran cantidad de agua, *toda la que necesitasen y pudieran sacar*.

Ahora sesenta ú ochenta años no existía seguramente en el río, ni la tercera parte de las acequias y canales que hoy lo sangran, y debía hallarse sin duda alguna mucho más abundante, con agua suficiente, no diré para uno ó dos molinos, sino para alimentar diez ó doce.

De consiguiente, aún suponiendo más antiguo el molino del doctor Paez y que la concesión para el de los Ducasse, llevase como debía ser la cláusula, *sin perjuicio*, bien pudo realizarse sin embargo, salvando de todo punto los derechos de aquel y se realizó efectivamente, fuera de toda duda.

18. Esto supuesto, es decir, que al establecerse el molino de los Ducasse, había agua suficiente para los dos, este y el del Dr. Paez, no es cierto, ni sería admisible que llegando á faltar después, ó á escasear por nuevas concesiones más ó menos abusivas, todas ellas deban cargarse en cuenta de aquellos, sin afectar en lo más mínimo los derechos de éste.

En los derechos reales es ciertamente mejor el más antiguo; pero esto solo puede tener aplicación cuando versan sobre una misma cosa, lo cual no sucede si se refieren á diversas porciones de agua, y cuando lejos de oponerse, ambas concesiones pudieran coexistir armonizándose perfectamente. Lo que sobrevenga despues, de ningún modo altera la condición de los derechos, ni hace al uno superior al otro: si el agua disminuye debiera reducirse



el uso en proporción á la extensión de aquellos, sin que ningún derecho legítimo pueda ser sacrificado para conservación de los otros.

Escuso demorarme sobre este punto para tratarlo con más amplitud, porque no lo necesito al objeto de demostrar la ilegalidad é improcedencia de la demanda: pues como decía, aún admitiendo hipotéticamente todos los derechos que se atribuye el doctor Paez, con la extensión y preferencia que les señala, ésto solo probaría que llegando á faltar el agua para los dos molinos, accidentalmente tendría facultad de hacer suspender, ó reducir el uso de los Ducasse por la nueva toma, y de ninguna suerte el que no deba permitírseles establecerla.

## II

§ 19. Ocupémonos ya de los tres capítulos en que se divide el escrito de demanda de oposición á los trabajos de la nueva toma: el primero versa sobre nulidad del título ó concesión en favor de los Ducasse, el cual es tachado con los vicios de dolo, fraude y simulación; vicios todos ellos que solo existen en la imaginación del que-rellante, y solo se prueban con ridículas argucias y sofisticas cavilosasidades.

En este punto la primera creación de su imaginación es una tremenda y supuesta conspiración contra sus derechos, basada en un plan que se ha ido incubando en el *silencio y el misterio*, y que desarrollado con perseverancia y habilidad por espacio de más de un año, ha conseguido al fin prevalecer, sobreponiéndose á grandes inconvenientes y á todo género de dificultades. ¡Es toda una novela la más interesante, y que no dejará de conmover, profundamente, al que la lea!

20. Yo debo, manifestar en qué consiste ese plan infernal de los Ducasse: cuando arreglaron hace ya varios años de nuevo su molino, intentaron ¡qué horror! mover su-



cesivamente y con una misma agua, dos juegos diversos de piedras; pero no lograron su objeto, pues solo consiguieron hacer andar uno, faltando en el agua presión y fuerza suficiente para mover el otro.

Allí quedó desde entonces ya colocado y á la vista de todo el mundo ese mecanismo inutilizado; y desde entonces también los Ducasse no han cesado de conspirar *contra la naturaleza*, por ver de arrebatarle una nueva fuerza, que utilizar en beneficio de la industria.

Era indudable que si la misma cantidad de agua de que ellos usaban, la recibiesen de mayor altura, aumentarían considerablemente la presión y la fuerza, poniéndose así en aptitud de realizar su antigua *conjuración*, si bien se necesitaban algunos cómplices.

21. El primero que se prestó fué el Dr. Viso, redactando la solicitud al Gobierno sobre nueva toma, é indicando el pensamiento que tanto indigna al demandante de *ganar altura*.

Pero no faltarían seguramente funcionarios previsores cuyo celo excitaría el Dr. Paez, para oponerse á semejante maldad: ¿cómo se puede sin brujería, preguntaría la Municipalidad, dar más fuerza á una misma cantidad de agua? Claro es que lo que buscan los Ducasse es tomar más agua; pues yo escarmentaré á cualquier gringo que venga á este país con tales invenciones. ¿Cómo se puede, dijo, el Fiscal, *ganar altura* sin daño del público y de los particulares? Yo no comprendo que esto pueda suceder. Y sin otra razón se opuso á la solicitud.

Este argumento, formidable sin duda, fué el gran obstáculo que tuvo que vencer la solicitud. Pasó en seguida al Departamento Topográfico; y sobreviniendo poco después los sucesos de Junio, allí permaneció empastelada, cumpliendo quizá el año de tramitación á que se refiere el contrario.

22. Aquel Departamento, sin embargo, se afilió por último á la conspiración, pues llegó á comprender lo que no les ha



sido dado alcanzar á otros funcionarios: que se podía *ganar altura* (esta frase vino á ser la seña en la conjuración), sin daño del público ni de los particulares; opinando además ;qué doctrina tan temeraria! que en aprovechar mejor las fuerzas naturales aplicadas á la industria, no había daño para nadie, sinó provecho y utilidad para todos.

Agregó también el Departamento que sin duda, el cambio de local garantizaría mejor la toma de mis representados: á fé que al menos en ésto no le faltaba razón; pues está á la vista de todos, y no hay nadie que ignore, los grandes sacrificios que la conservación del dique actual, poco menos que insostenible, les impone en cada creciente.

Baste conocer el siguiente dato: el año pasado han gastado en ésto, cosa de tres mil pesos; y sin embargo, en la mayor parte del verano no se ha podido moler, por las continuas descomposturas y la imposibilidad de repararlas prontamente. ¿No sería por sí sola esta circunstancia un motivo el más razonable, para cambiar el lugar de la toma?

23. Observa el Dr. Paez que en la solicitud de los Ducasse pidiendo el permiso para variar la toma, se manifestaba: que los nuevos trabajos no perjudicarían á la población, porque el agua servida volvería como antes al río, mientras que no se salvaban igualmente sus derechos.

Esto último era innecesario prevenirlo, porque ni el Gobierno mismo podía autorizar la violación de los derechos particulares, aunque muy bien habría podido consentir en que el agua servida en el molino, se ocupase en otros usos sin devolverse al río.

A fin de que no se entendiese ésto comprendido en la petición, fué que se declaró: sin espresarse que se respetarían los derechos del demandante porque jamás la solicitud podía entenderse ni aceptarse en otro sentido.

El Ejecutivo, sin embargo, al verificar la concesión, salvó completamente los derechos existentes. También nosotros, en las diversas conferencias habidas ante U. S. hemos declarado expresamente y con repetición, que se respetaban los





derechos del Dr. Paez, y sin duda que esto habria bastado á tranquilizarlo, si la referida objeción fuese sincera, y no mas que un pretexto para justificar la oposición.

24. Pretende el demandante que aunque los Ducasse, en efecto, en su solicitud se propusieran ganar altura, nunca este propósito sería suficiente motivo para fundar la concesión. ¿Por qué no? ¿Siendo fuera de duda que esto permitiría aprovechar mejor el agua?

Mas, en fin, la apreciación de esos motivos está librada exclusivamente, á la autoridad misma á quien corresponde hacer la concesión; sin que tales actos, mientras no excedan sus atribuciones, ni perjudiquen derechos adquiridos, como emanados de un Poder soberano en su esfera, estén sujetos á revisión.

Si el Ejecutivo pués, en el caso *sub judice*, estimó suficiente el motivo indicado, para fundar la concesión de que se trata; desde que él era la autoridad á quien correspondía hacerla, debe tenerse por bastante; porque no existe otro Poder superior y competente que pueda resolver lo contrario.

25. Pero además el contrario clasifica por un mero pretexto, el propósito de *ganar altura* manifestado en la solicitud; porque para ser verosímil, era necesario que la aplicación y las ventajas que se pudieran sacar, estuviesen en proporción de los gastos que la realización de aquel ocasionase; lo cual no sucede en su concepto en la empresa de que se trata.

¡Otra inconveniencia! ¡El Dr. Paez constituido en Juez de lo que exigen los intereses de sus competidores y rivales los Ducasse! Si ellos solos son los que van á costear los gastos en demanda de mayor altura, á ellos solos les corresponde calcular el provecho que de esto han de reportar; pues que el error iría por su cuenta.

Mas yo no puedo admitir á este respecto, error en mis representados que nada autoriza á suponer, cuando no solamente conocen su oficio, sinó que en la práctica tienen dadas pruebas de buen sentido y de acierto en sus cálculos.



El fundamento del demandante para negar que pueda sacarse provecho de la mayor altura que se gane, consiste en que los trabajos que se practican, son de mera prolongación de la acequia existente; en cuyo caso, dice, no se comprende cómo puede utilizarse la mayor altura.

26. Lo que no se comprende, en verdad, es la objeción misma: ¿por qué se supone que no pueda ganarse altura prolongándose meramente la acequia, ó que no se pueda aprovechar una vez ganada de esa manera?

En verdad que los trabajos actuales son de mera prolongación del canal existente; pero no es menos cierto que el nivel del plano se va elevando á la simple vista, dando por resultado que al llegar á la nueva toma, ha subido un metro y ochenta centímetros.

El sistema con que los Ducasse aprovechan el agua, es formando un depósito para darle la mayor presión y fuerza posibles: bien, pues, viniendo el agua de poca altura, como sucede ahora, no se eleva lo bastante en el depósito, ni adquiere toda la presión necesaria al objeto ya explicado; pero sucederá lo contrario, tomándose de más altura; lo cual permitirá elevarla más también en el depósito.

27. El demandante, procurando hacer sospechosa la empresa de los Ducasse, pregunta para qué se esfuerzan en dar mayor poder á su ingenio y más desarrollo á su establecimiento, cuando es suficiente el que ya tiene, siendo reputado por uno de los mejores; y no alcanzando quizá á utilizar todo el poder de la máquina en su estado actual.

Hoy día, observa, habiéndose establecido varios molinos en las colonias de Santa Fe, Pavon, Carcarañá, Rio Cuarto, etc., sobran aquellos y faltan trigos; en prueba de esto allí están desocupados los molinos de Torres, Lopez, etc.

28. Tal objeción, Sr. Juez, no está bien en boca de un molinero competidor de los Ducasse; se trata de una industria libre; y este debe soportar la competencia de todo el que quiera moler, sin poder evitar tampoco que cada



uno de los que se dediquen á ese oficio, procure, perfeccionando el sistema, aumentar y mejorar los productos.

¿Qué se diría de un abogado que reprochase á otro el tomar demasiados escribientes, para ponerse en aptitud de gestionar mayor número de asuntos, alegando que había pocos pleitos y demasiados abogados? Es que para los que sobresalen y consiguen acreditarse, sobra ocupación, aunque falte tal vez á los demás.

29. En toda industria sucede lo mismo: mientras las tiendas más surtidas ó más baratas se llevan toda la concurrencia, otras no venden nada: mientras un sastre de moda no alcanza á cumplir con sus marchantes, otros menos felices carecen de trabajo, ¿á qué multiplicar ejemplos? Serían innumerables: de ahí la competencia y el perfeccionamiento de todas aquellas.

Igual cosa debe suceder en la industria molinera: los establecimientos que sobresalgan y se acrediten, arrastrarán la concurrencia: se confiesa de contrario que el de los Ducasse es uno de los mejores; y en efecto, la harina que elaboran, ha adquirido gran crédito por su buena calidad, aún fuera de la Provincia.

Es posible pués, que este molino tenga trigos, cuando falten á los de Lopez, Torres, etc. Además aunque á veces falten, otras vienen en grandes cantidades, y sería una ventaja considerable el poderlos despachar con prontitud: esa sería quizá la manera de atraer más, y conseguir que nunca ó rara vez faltaran.

30. Los nuevos molinos que se mencionan establecidos en la Provincia de Santa Fe y en Río Cuarto, no pueden causar gran daño á los situados aquí: los trigos del Segundo, Santa Rosa, Cruz del Eje, la Sierra y el Norte, en general, no se han de llevar á moler en ellos, para traer después la harina; porque ésta resultaría grabada y encarecida por un doble flete.

La empresa del molino á vapor no fracasó como lo explica el Dr. Paez, por exceso de poder, sinó porque los gastos



eran muy superiores á los de los demás molinos; el vapor es un motor artificial y costoso que no puede competir con otro natural y gratuito como el agua: á más del consumo de leña, este establecimiento exigía buenos maquinistas cuyos sueldos son siempre subidos, directores, tenedores de libros, etc.: los Ducasse se sirven de un motor natural, ellos mismos son los maquinistas, directores, carpinteros, herreros etc., es decir, trabajan con grandes economías.

31. Menciona el Dr. Paez y elogia, pretendiendo darle importancia, la vista del Fiscal de Gobierno; mas en verdad ninguna tiene, porque ni siquiera se hizo cargo de lo que en realidad se pedía, ni tuvo en cuenta que la finca de los Ducasse disfruta un derecho antiquísimo al agua; y que en no aumentando la que usaban lo mismo era que la tomasen un poco más arriba ó más abajo.

Menos que de una cuestión jurídica, se trataba un punto concerniente á Ingeniería Hidráulica, materia en la cual no era competente el Fiscal; y mucho más debía valer la opinión del Departamento Topográfico, donde por lo menos hay algunos hombres prácticos y estudiosos en aquel ramo, que comprendieron mejor lo que se pedía, considerando accequible la solicitud.

32. Es de notarse también que el P. E. en su resolución, salvando completamente los derechos existentes, removía desde luego, el único inconveniente alegado por su Fiscal: no pudiendo por lo demás, aceptar en manera alguna, la consecuencia que se desprendía de su teoría, de que el Gobierno no debía hacer concesiones de agua más arriba de la toma municipal, mucho menos siendo tantas las que tenía hechas ántes y después, sin oposición de nadie.

La del Sr. Domínguez, por ejemplo, que es una gran acequia, distante menos de una legua de aquí y situada arriba de la toma municipal; nadie se opuso, ni el Concejo, hoy tan celoso, ni el Fiscal, ni el mismo Dr. Paez; que sin duda se dispone á cargar en cuenta de los Ducasse la disminución del agua.



Adviértase que el agua de aquella acequia es destinada á la labranza, y de consiguiente completamente perdida para los usos de la población, pues que no volverá una sola gota al río, mientras que la de que se sirven los Ducasse para el molino, vuelve toda al río sin más disminución que de la que se consume. Algo debe haber pues en este asunto, de especial y desfavorable.

33. Vuelve á ocuparse el Dr. Paez en conclusión del primer capítulo, de lo que importaría el cambio de situación mediante la nueva toma que se construye, quitándole su posición de ribereño superior, que dice corresponderle de hecho y de derecho con todas las ventajas naturales.

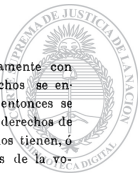
*¡Palabras, palabras y más palabras!*

¿Qué quiere decir el Dr. Paez con toda esta fraseología? ¿Que el ribereño disfruta ciertas ventajas que radican en la naturaleza misma? ¿Quién podría, pues, quitárselas por más que lo intentase? ¿Qué el ribereño superior es de mejor derecho al uso del agua que el inferior? Ya le hemos demostrado que este es un grave error, según los principios de nuestra Legislación.

¿Qué sin que la ley le reconozca al ribereño superior derechos especiales y privilegiados, él se encuentra en aptitud de proporcionarse ventajas? Esas ventajas resultarían abusivas; ¿sería pues la facultad de abusar, lo que detrás de tantos rodeos se oculta, y con frases tan elaboradas se encubre? Esa facultad no constituye un derecho que la ley proteja, ó que el Magistrado deba amparar.

### III

§ 34. Llegamos ahora al segundo capítulo del escrito que contesto: ineficacia del título de mis representados; y en esta parte, lo mismo que en las demás, repitiéndose con mil formas diferentes, idénticos conceptos, disfrazados bajo combinaciones de palabras, complicadas y nebulosas, se viene á parar en que la concesión es insubsistente por cuanto perjudica derechos adquiridos.



Es verdad que esta suposición choca directamente con los términos de aquella, en la cual esos derechos se encuentran salvados de un modo expreso; pero entonces se le ataca de irrealizable. ¿Cómo determinar los derechos de los Ducasse, cuando según el Dr. Paez, ningunos tienen, o por lo menos deben estar siempre dependientes de la voluntad de los ribereños de más arriba?

¿A qué entrar tampoco á averiguar y deslindar los del mismo doctor Paez, cuando mejor sería que permaneciesen indefinidos, siendo él también en la práctica quién los regule, extendiéndolos hasta privar enteramente del agua á los Ducasse; aún cuando él no la precise, ni la utilice?

35. Estas cosas acobardan al doctor Paez haciéndole prever frecuentes cuestiones y dificultades insuperables; pero determinense bien los respectivos derechos, y no habrá dificultad alguna; arréglese razonablemente el uso del agua, y se evitará toda cuestión.

No es una razón para 'privar á mis representados del ejercicio de sus derechos, el que esto pueda producir alarmas, molestias ó intranquilidad al Dr. Paez, mientras no sean agredidos los suyos; las relaciones de comunidad y aún de vecindad de las propiedades, imponen necesariamente ciertas incomodidades, que es indispensable tolerar.

36. Las teorías del demandante nos llevarían demasiado lejos, y nos conducirían á consecuencias inaceptables; porque según aquellas desde que se estableció su toma, no habría debido hacerse concesión alguna más arriba, hasta las vertientes del rio; pues que cualquier toma en esta condición, ha debido disminuir necesariamente, el agua escasa en ciertas épocas, y sobre todo, produciría de un modo inevitable, complicación en los derechos.

Toda la costa del rio ha debido pues, desde ese punto al menos, hasta las indicadas vertientes, permanecer yerma ó inculta á fin de que los antecesores del doctor Paez primero, y él mismo depues, pudieran haber llevado una



vida más reposada, tranquila y patriarcal, sin la complicación en las relaciones jurídicas y comunidad de intereses que han llegado á crearse.

Algo de esto contenía, sin embargo, la contrata con Lopez, antecesor del doctor Paez; pero á más de que al celebrarse se había prescindido de muchos derechos particulares, apercibido sin duda el Gobierno del absurdo que entrañaba la cláusula octava, jamás fué respetada en esta parte, ni aún por el mismo Gobernador Sobremente, que autorizó dicha contrata.

A medida que una población crece, se desarrolla y progresa, se aumenta también su actividad: los negocios se multiplican, los intereses se cruzan, las relaciones sociales se complican; se requieren más leyes y reglamentos; y se necesita también mejor administración. ¿Hemos de renegar por esto del progreso? ¿Hemos de impedir el desarrollo de la sociedad?

No seguramente: no es este el espíritu, ni la tendencia de nuestras instituciones, calculadas todas para promover y estimular el progreso, á pesar de los inconvenientes que acarrea.

En la materia que nos ocupa especialmente, la de aguas corrientes, ¿pudo ocultársele jamás al Legislador que declarando públicas todas las que van por cauces naturales, serían muchos los que las aprovecharían, y que de esta circunstancia nacerían indispensablemente relaciones complicadas de derecho? Por cierto que no; pero prefirió el progreso á la sencillez y la inercia de los hábitos coloniales.

38. Desconfiando el demandante de la eficacia jurídica de sus argumentos contra la concesión hecha á mis representantes, fundados en la indeterminación actual de los derechos y complicaciones que sobrevendrán, procura reforzarlos, tergiversando los términos de aquella y acusándole defectos de forma de que no adolece.

Observa pues, que en la concesión no se fijaron, ni el punto de que debía arrancar la toma, ni la cantidad de agua



que se permitía alzar por esta: semejante objeción es del todo frívola; porque la concesión se refiere naturalmente á la solicitud cuyos términos evitan toda duda en este particular.

No se trataba de nueva concesión de agua, sino únicamente, de que se permitiese tomar de otro punto más alto, que se indicaba sobre más ó menos, y que después se ha determinado con exactitud, el mismo volúmen de agua que corresponde al molino de los Ducasse, sin alterar en nada, ni el derecho ni la posesión.

39. ¿Crée el doctor Paez que algún derecho, poco ó mucho absoluto ó condicional, permanente ó eventual, corresponde á ese molino, al cual él mismo concede ochenta años de antigüedad? Pues ese mismo derecho con la extensión y calidad que lo constituyen, es el que se permite usar y será ejercitado por un punto diferente.

Con esto queda resuelta la objeción de que antes de verificarse la concesión, no se ha averiguado como convenía, si en el río, salvas las tomas existentes, había ó no agua suficiente, de que pudiera disponerse. Pues si no se trataba de aumentarla, ¿á que vendría semejante indagación?

40. Pretende el contrario que la calidad de, *sin perjuicio*, que lleva la concesión de mis representados, la hace hipotética, y que de consiguiente antes de realizarse, necesitan éstos comprobar que pudo hacerse sin perjudicar derechos de terceros ¡original ocurrencia! Sin desconocer el doctor Paez que los Ducasse tengan un derecho legítimo de agua, ni que se encuentren en posesión de la que emplean en su molino, quiere que se acredite que esa agua existe: desde que el molino anda, debe existir pues, á menos que sostenga que se mueve á vapor ó que es de viento.

Por lo demás, el señor Juez como abogado antiguo y práctico sabe muy bien, que la cláusula, *sin perjuicio*, sacramental en toda merced ó concesión, no hace hipotético ó eventual un título, ni dependiente de alguna condición





que deba probar el agraciado, sino que se dirige solo, y tiene únicamente por objeto, salvar derechos adquiridos de terceros, que puedan resultar en oposición.

De tal manera es esto así, que puede decirse que aquella es meramente una cláusula de estilo, que se sobreentendería aunque no se incluyese expresa, y que los mismos efectos se producirían poniéndola ú omitiéndose.

41. Mas, como todo título revestido de las formas externas y emanado de autoridad competente, se presume y debe ser tenido por válido; alegándose para anularlo derechos adquiridos ó perjuicio de tercero, no es el tenedor del título, sino el que excepciona estas cosas contra su validez, quien debe probar.

¿De que serviría un título, si para emplearlo fuese necesario demostrar su validez, ó si bastase para anularlo, alegar sin probarlo, que perjudicase derechos de un tercero? ¿Y cómo podría jamás el dueño del título justificar que no perjudicaba derechos adquiridos, cuando por la naturaleza de las cosas, la simple negativa no se puede probar?

Así pues, á pesar de la cláusula, *sin perjuicio*, en la concesión á mis representados, nunca serían ellos quienes debiesen probar, que no hace perjuicio á los derechos del doctor Paez, porque haya agua suficiente en que realizarse, sino el mismo doctor Paez que afirma el hecho de que se le causa tal perjuicio, á quién incumbiría demostrarlo.

42. Observa con razón el demandante sobre el artículo 32, título 6, Libro 3.º del C. C. que al requerir este la intervención de la autoridad en el establecimiento de nuevas tomas, ha tratado sin duda de poner orden, y evitar conflictos en el aprovechamiento de las aguas.

Que de consiguiente antes de hacerse nueva concesión, debe averiguarse si se puede disponer libremente del agua que se solicita, á fin de no acordar de nuevo, la misma agua que estaba concedida ya á otro, perjudicando sus derechos; pues esto produciría necesariamente, los desórdenes y contiendas que se han querido precaver.



Perfectamente; pero como se ha observado con repetición, aquí no se trata de nueva concesión de agua, sino de la ratificación y el reconocimiento de la que, por haber sido, en tiempos remotos, concedida á los antecesores de los Ducasse, éstos aprovechan actualmente y conservan en posesión.

No se les ha concedido en todo ni en parte el agua que pertenece al Dr. Paez, la cual queda expresamente exceptuada de la concesión: solo se les permite subir la toma; y ésto de ningun modo ofende los derechos de aquel, á menos que acredite que ellos comprenden la facultad de impedirlo, porque tenga adquirida servidumbre de no hacer.

Increpa aquel á mis representados haber guardado en su solicitud, profundo silencio sobre el hecho *público y notorio* (son sus palabras), de la escasez de agua en el río durante cierta época, en términos de que llega á ser insuficiente para las necesidades de los dos establecimientos.

43. Pero ¿qué necesidad había de advertir lo que el mismo doctor Paez asegura ser público y notorio, que por tanto ni podía ocultarse, ni se ha ocultado tampoco al Gobierno, antes bien lo ha previsto en la concesión? No tratándose en esta, de la cantidad de agua que se podía usar, sino del paraje por donde se tomaría, ¿á que habría conducido averiguar si el río es escaso ó abundante?

Entre tanto, al decir que el río es escaso en ciertas épocas, reconoce y confiesa implícitamente que es abundante en otras, hecho por otra parte no menos público y notorio que el primero, y que de consiguiente tampoco habría podido negar.

Ahora pues, siendo esto así como se reconoce, claro es que en ciertas épocas al menos, muy bien podría realizarse la concesión á los Ducasse sin perjuicio del doctor Paez ni de nadie. ¿Por qué les había de impedir entonces aún en esas épocas, abrir su compuerta en la toma que se les ha concedido?

Tambien hay épocas excepcionales en que deducida el



agua que alza por su toma la Municipalidad, no queda la suficiente en el río, ni aún para las necesidades ordinarias de la población; ¿debería por esto hacerse cerrar perpetuamente todas las tomas de arriba, ó solo durante la época de escasez?

Claro es que únicamente en esta época: pues eso mismo es lo que correspondería, si escaseando el agua en términos que no alcance para los dos establecimientos, el demandante debiese ser preferido; mientras durase la escasez les haría cerrar su compuerta; pero alegar esta circunstancia para impedirla y suprimirla en todo tiempo, es atribuir caprichosamente á la época de abundancia, los efectos de la escasez accidental.

45. En esta misma hipótesis, de que escaseando más ó menos el agua, el establecimiento del doctor Paez haya de gozar absoluta preferencia en la cantidad que necesite, la cual deberían dejar pasar los Ducasse, el determinarla por medio de peritos nada tiene de imposible ni de difícil siquiera, como lo supone aquel, aunque exista además de la suya la toma municipal.

Para no coartar el progreso del país, impidiéndose el desarrollo de la industria y de la agricultura, imposible en esta Provincia por sus condiciones físicas y climatéricas, sin extender cada vez más, y facilitar el aprovechamiento de las aguas, es indispensable conciliar dos cosas: la satisfacción de las necesidades de la población y la inmunidad de los derechos adquiridos, con la multiplicación de las tomas y canales de riego, lo cual felizmente no es imposible.

Nuestras principales corrientes de agua que, por la variabilidad de su volúmen más bien son torrentes que ríos, abundan en verano, y disminuyen sobremanera en el invierno: permítase pues libremente ó con mayor franqueza, el uso de sus aguas en la primera de estas épocas, restringiéndose en la segunda cuanto sea preciso á los



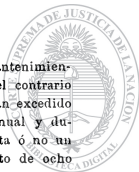
objetos indicados; pero sin impedirse por eso la apertura de nuevos canales.

Prohibir el establecimiento de estos, teniéndose en vista la escasez accidental de cierta época del año, en la que menos se precisa el riego, sería una medida desacertada y absurda á todas luces: los ríos Segundo y Tercero, por ejemplo, los mayores de la Provincia, con cuyas aguas se podría regar gran parte de ella, se agotan y se secan enteramente en la época indicada.

Las Municipalidades, pues, de Villa Nueva y Villa del Rosario, podrían exponer con verdad que en esta, el agua no alcanza para las necesidades de la población. ¿Sería esto un motivo suficiente; y habría conveniencia en prohibir absolutamente la apertura de nuevas acequias, aunque las aguas de los indicados ríos abunden en verano hasta hacerse navegable el Tercero? Por de contado que no.

Pues en ese mismo error están incurriendo la Municipalidad de esta capital y el doctor Paez, cuando alegando aquella las necesidades de la población, y este las de su establecimiento, quieren impedir, aún en las épocas de abundancia en este río, el uso de toda nueva toma arriba de las suyas, prefiriendo el mantener yermas las riberas, á tener que molestarse haciendo restringir ó cesar aquel en el invierno.

46. Dice el demandante haber demostrado que el propósito manifestado para explicar los nuevos trabajos, el de *ganar altura*, no importa más que un pretexto: es una gran inexactitud; porque una falsedad no admite demostración. ¿Cómo lo ha demostrado? con sofismas, cavilosasidades y declamaciones. ¡Vaya una demostración legal! Dice también que aún cuando aquel fuese un propósito serio, no valdría la pena. ¿Cómo así? Pues no advierte el doctor Paez, que siendo el resultado hacer andar un nuevo mecanismo, que mueva otro juego de piedras, con esto solo se duplica el poder del molino y se dobla también la importancia del establecimiento?



¿Y el ahorro de los gastos actuales en el mantenimiento del antiguo dique? ¿Crée que es pequeño el contrario que muy bien debe saberlo? El año pasado han excedido de tres mil pesos. Suprimir, pues, este gasto anual y duplicar el producto del molino, dígame si importa ó no un objeto serio que motiva suficientemente, el costo de ocho á diez mil pesos invertidos en el nuevo trabajo.

47. Reconoce el doctor Paez que de tiempo atras el agua del rio viene escaseando con las frecuentes concesiones y nuevas aplicaciones que se han hecho de ella á la labranza; pero cree que el defecto debe refluir únicamente sobre los propietarios ribereños, que se encuentran situados más abajo de todos; sin duda por la razón de que el *último mono se ahoga*.

Poco importa el que esas concesiones sean legítimas ó ilegales y las sustracciones de agua, abusivas ó no: cada propietario según esta teoría, bien puede indemnizarse del agua que se le quita, con la que correspondería á los de más abajo, pues la calidad de ribereño superior le dá de por sí y con absoluta prescindencia de los títulos, un derecho preferente sobre los ribereños inferiores.

¡Curiosa doctrina, señor Juez! y es lástima que el doctor Paez no la desarrolle algo más, indicándonos los principios jurídicos que la apoyan, las disposiciones de que se deduce y las autoridades que la defiendan.

Si se tratase de una *merced de sobras*, quizá la resolución seria tolerable: pero si se supone que á la época de la fundación de los dos establecimientos, existiendo agua más que suficiente para ambos, cada uno de ellos ha disfrutado su concesión legal; llegando el agua á escasear en términos que ya no alcance, y mucho más si esto sucede por hechos abusivos, lo que correspondería en justicia, sería que la dividiesen; y de ninguna suerte que la aprovechase toda el de más arriba.

Defender lo contrario, sostener que en casos tales la merma de agua debe ser á cargo de los establecimientos



inferiores, ó perjudicar á los menos antiguos, valdria tanto como pretender, que si habiendo depositado varias personas en una misma caja ciertas cantidades de dinero, se les hurtase una parte, esta debiera imputarse únicamente al último que depositó ó al que ocurrió por su dinero con posterioridad á los demás interesados.

49. No es extraño que el contrario profesando semejante sistema, se alarme y se agite, á la idea de que los Ducasse puedan subir la toma más arriba de la suya, lo cual, sin duda alguna, en esa hipótesis le perjudicaría, empeorando su derecho y menoscabando su posesión; pero tal doctrina, señor Juez, es falsa á todas luces y completamente equivocada.

La verdad es, que el hecho de hallarse colocado más arriba ó más abajo, es un mero accidente casual, que no dá ni quita derecho, no mejora ni altera el que se tenga de conformidad á los títulos: en tal concepto el derecho del doctor Paez no se alteraría por el cambio de que se trata, ni puede por lo mismo con justicia, pretender que él vendría á turbarlo en su posesión.

Lo repito, no quiero entrar ahora por creerlo inoportuno, en la discusión de lo que importe ese derecho, ó comprenda su posesión legítima; tal como existe y deba ser, ha de respetarse: para que la demanda resulte improcedente é inadmisibile, nos basta demostrar que el hecho de cambiar de toma los Ducasse, con permiso de la autoridad competente, no altera, restringe ó en otro cualquier sentido perjudica de suyo á los derechos del doctor Paez, de suerte que importe perturbación en su posesión, ó como él lo clasifica *una revolución*.

50. ¿Cuándo y cómo ha poseído el demandante, el derecho de impedir que mis representados suban su toma más arriba de la suya?

Ese derecho no está comprendido en el de usar el agua en una cierta proporción: pues este subsistirá íntegro aunque aquel hecho llegue á realizarse; no está tampoco com-



prendido en la propiedad, sino que supone además una servidumbre activa.

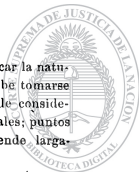
El demandante pretende deducirlo con todo irreflexivamente, de la ubicación de su propiedad, de la cual no puede deducirse en manera alguna; y digo irreflexivamente, porque al discurrir así, no advierte el doctor Paez que entonces el argumento podría volverse contra él, dado que la ubicación de las propiedades, cuyos dueños han concedido á mis representados colocar en ellas su toma, es superior con mucho respecto á la suya.

51. El derecho en aquel para impedir que los Ducasse suban su toma, no obstante el permiso del Gobierno, importaría una verdadera servidumbre sobre la propiedad de éstos; servidumbre que indebidamente se arroga sin mostrar los títulos legales mediante los cuales la haya adquirido. El establecimiento de mis representados no reconoce servidumbre alguna pasiva, por virtud de la cual puedan ser obligados á no recibir el agua que le corresponde por donde más les convenga; antes pueden ejercer los derechos de propietarios en toda su plenitud.

Hé aquí pues cómo la acción *negatoria* invocada por el demandante con referencia á los artículos 45 y 49, título 9º, Lib. 3º C. C., se vuelve contra él, por cuanto sin producir título alguno, se arroga una servidumbre indebida, y le obligan á permitir que los Ducasse ejerzan libremente, los derechos que les confiere la propiedad en toda su extensión, sin otras restricciones que las establecidas en la ley.

#### IV

§ 51. Hemos visto en los dos primeros capítulos del escrito que nos ocupa, la vanidad de los supuestos defectos de nulidad é ineficacia del título alegado de contrario; demostraremos lo mismo sobre el tercero respecto á la pretendida perturbación de la posesión que anticipadamente, aunque de paso, dejamos refutada.



En esta parte el demandante se contrae á explicar la naturaleza del derecho al agua, y en qué sentido debe tomarse la declaración de nuestro Código, de que se ha de considerar pública toda agua que corra por cauces naturales; puntos sobre los cuales se demora mucho y se extiende largamente.

Las doctrinas que al respecto establece son erróneas y falsas; pero yo bien podría prescindir enteramente de su refutación, en razón de que ellas en nada perjudican la causa que sostenemos, la cual no empeoraría en lo más mínimo, si aquellas prevaleciesen ó fuesen aceptadas; porque no menos favorecerían al Dr. Paez que á mis representados, cuyos títulos no solo son buenos, sinó excelentes, sin que puedan ser mejores.

Donde fracasa completamente el contrario, es al hacer aplicación de las doctrinas que establece, pretendiendo demostrar la violación de sus derechos, por una concesión que los salva en términos expresos, y la perturbación de su posesión por una obra que no importa otra cosa, estrictamente hablando, que la mera ejecución de dicha concesión.

52. Podría, pues, lo repito, abstenerme de refutar los errores doctrinales que se acumulan en el escrito que contesto; pero ya que he emprendido su refutación, no quiero silenciar los últimos, y los haré notar con la brevedad posible.

¿Cómo se ha de considerar, pregunta el contrario, el derecho á servirse de una corriente de agua? Y responde: que como un derecho real, de consiguiente perpétuo, que forma parte del patrimonio privado, y por lo mismo no puede ser revocado, restringido, ni alterado por autoridad alguna.

Como el mero goce, contestamos nosotros con el Dr. Velez Sarsfield, autor del Código que nos rige, esencialmente temporario; pues que la existencia á perpetuidad de un derecho tal no sería simple modificación, sino una verdadera destrucción de la propiedad pública: debiendo ser considerada la concesión perpétua del goce, una enagenación completa.



Demante, núm. 378 bis C. C., artículo 30; nota al art. 31, título *de las cosas consideradas en sí mismas*.

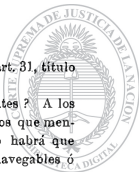
53. ¿A quiénes pertenece el uso de las corrientes? A los ribereños, dice el Dr. Paez, porque son los únicos que menciona el art. 32, tit. 6º, Lib. 3º C. C. Pero ¿no habrá que hacer alguna distinción entre arroyos y ríos navegables ó no navegables, ni flotables? Ninguna hace el demandante ¿Pertenerán pues todos á los particulares? Así debe ser según sus teorías; porque respecto de todos ellos el Código solo menciona á los ribereños; más ¿en qué Legislación, pregunto yo, se ha consagrado un absurdo semejante?

Si nuestro Código menciona especialmente á los ribereños, no es en verdad para darles, sinó más bien para quitarles; declarando que ellos, no menos que los que no lo son, para derivar el agua que pasa por sus propiedades, necesitan permiso particular de la autoridad. ¿Permiso para usar lo suyo? ¡Estamos frescos!

54. Entre nosotros, Sr. Juez, como puede U. S. observarlo, en el informe del Departamento Topográfico, con motivo de la solicitud de mis representados, se había vulgarizado el error de que cualquiera, sin permiso alguno de la autoridad, podía servirse del agua que corriese por sus terrenos.

También en Francia, cuya jurisprudencia se ha extendido tanto en Europa, y puede decirse en todo el mundo civilizado, tratándose de un arroyo, cuyo uso se reserva en el Código exclusivamente á los ribereños; éstos sin licencia alguna especial, pueden derivar las aguas que corren por sus terrenos y servirse de ellas; pues en general los autoriza al efecto el artículo 644 del Código Napoleón.

A estos antecedentes, por virtud de los cuales los ribereños habrían podido quizá, al menos respecto de los arroyos ó ríos no navegables, ni flotables, considerarse facultados para tomar el agua sin especial permiso de la autoridad, responde la declaración del enunciado artículo 32, que de ninguna suerte podrán hacerlo porque, no menos que los





demás propietarios, necesitan ese permiso, en razón de ser pública toda agua que corre por cauce natural.

55. Pero ¿en qué sentido se ha de tomar esta disposición? En el sentido, según el Dr. Paez, de que el agua pertenece á todos para beber, lavar y bañarse, de ninguna suerte respecto á los demás usos industriales y agrícolas; lo cual ni siquiera podría ser, pues que entónces el agua no alcanzaria para los que la solicitaran.

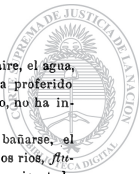
El C. C. Argentino, agrega el demandante, no ha hecho más á este respecto que conservar las disposiciones del Derecho Romano y Español: suponer lo contrario es un grave error que ha producido ya ruidosos pleitos entre nosotros.

56. El agua en verdad no alcanzará para todos; pero es pública bajo todos aspectos y cualquiera que sea el uso con relación al cual se la considere. Como lo esplica el mismo Dr. Velez, el reparto se considera provisional y precario, sujeto siempre á nueva reglamentación y diversa distribución, en la cual las concesiones anteriores pueden ser restringidas para dar agua á los que no la tuviesen y la soliciten; éste es el sentido en que la declara pública.

Sucedará, pues, que toda el agua llegue á aprovecharse, lo cual supondría un gran desarrollo en la agricultura, y que escasee de tal manera que corresponda muy poca en la distribución á cada propietario; y entónces los más distantes dejarán de solicitarla, porque no podrían utilizarla, llevándola hasta sus fincas; no porque careciesen de derecho para pedirla. ¿Es bueno, es malo el sistema? No es fácil resolverlo; pero ese y no otro, es el que se encuentra establecido en nuestro Código.

57. Decir que este conserva simplemente lo que disponía el Derecho Romano, es hablar por hablar, procediendo con suma ligereza. Para beber, lavar y bañarse, el agua, por Derecho Romano, no era pública sinó común; lo cual es cosa muy diversa. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hec, aer aqua profluens.* Inst. Libro 2.º Título 1.º § 1.º

En este sentido mal podía pues decir el Dr. Velez que



son cosas públicas del patrimonio del estado, el aire, el agua, la luz, pues habría sido un desatino que no ha proferido ciertamente y un absurdo en que, por de contado, no ha incurrido.

Para los demás usos, fuera de beber, lavar y bañarse, el Derecho Romano declaraba públicos casi todos los ríos, *flumina pene omnia publica sunt*, entendiendo por río, toda corriente perenne, *quod perenniter fluit*.

58. El Código Argentino considera públicos, no ciertos ríos, no casi todos, sino absolutamente todos, navegables ó no navegables, grandes y pequeños ó arroyos; *toda agua que corra por cauce natural*. ¿Se puede sostener pues ni por un momento, que aquel ha conservado sin alteración alguna, las disposiciones del Derecho Romano? No, seguramente.

El mismo Dr. Velez lo esplica claramente en términos que es imposible dejar de comprenderlo, y poner en duda el sentido de sus palabras: oigámosle.

«Las disposiciones de los artículos anteriores son muy «diversas en verdad de las *leyes Romanas* y Códigos publicados hasta ahora, porque en esos Códigos se declara que «los ríos no navegables pertenecen á los *riberaños*, mientras «que en este Código los reconocemos como del dominio «común.»

59. Igual equivocación comete el Dr. Paez al pretender que nuestro Código conserva también el Derecho Español; no puede ser, ni es así, pues éste en las Partidas siguió al Derecho Romano, del cual, como acabamos de oírlo, nos dice el Dr. Velez, que aquellas disposiciones son muy diversas de las suyas.

¡Si el demandante nos hablase de las leyes de Indias, más bien! En efecto, este Código prescribía que las aguas corrientes se conservasen comunes: por esta causa el Dr. Velez cita como concordante de sus disposiciones, la ley 5, título 10, Libro 4.º R. I. en la cual se lee lo siguiente:

«Mandamos que el uso de todos los pastos y aguas *de las Provincias, de Indias* sea común á todos los vecinos de ellas,



«que ahora son y *después fueren*, para que las puedan gozar libremente.»

60. Dirá acaso el Dr. Paez que el pasto sería común en el sentido de que después de seco el heno, cada uno pudiera hacerse un colchón; que los montes serían comunes en el sentido de que cualquiera pudiese disfrutar de su sombra, y en fin de que las aguas serían comunes para beber, lavar y bañarse?

Pero, nótese que se trata de una disposición especialísima para América, que como tal la esplican todos los autores y lo manifiesta la misma ley, al decir *en las Provincias de Indias*; porque en España no sucedía igual cosa: ahora pues ¿en qué consistiría esa especialidad, según la inteligencia dada por el contrario á la propiedad común de las aguas?

Acaso en España no son comunes también para beber, lavar y bañarse. ¿Qué novedad sería que esto mismo se dispusiese igualmente para América? Claro es pues, que el aprovechamiento común de las aguas prescripto en esta ley, era con relación á usos muy diversos, los de la industria y la labranza.

La ley quiere que ese aprovechamiento quede y sea común á los vecinos, que *ahora son y después fueren*, recelando que de otro modo llegue á faltar el agua para los venideros; luego se trata de su aplicación á los usos agrícolas é industriales, único sentido en que ese recelo no fuera absurdo, sino razonable. ¿Cómo había de faltar nunca el agua á los futuros pobladores para beber, lavar y bañarse?

61. El doctor Velez cita también como concordante á Goyena, quien efectivamente considera pública toda agua corriente por cauce natural, no en el sentido del Código Francés, reservando exclusivamente á los ribereños el uso de los arroyos, sino «*en el sentido de las cosas, cuyo uso pertenece á todos y la propiedad á ninguno*» (Concordancias, tomo 1.º, página 426.)

No, tampoco, como dice el demandante, para beber, lavar



y bañarse, sino en general para todas sus aplicaciones; oigámosle: en el mismo lugar citado agrega «El uso de toda  
« agua corriente para las necesidades comunes de la vida  
« es de derecho natural, como el del aire que se respira;  
« pero esta misma agua en cuanto sirve á las necesidades  
« de la navegación, *industria, agricultura* ú otros usos li-  
« gados con el interés público, es *pertenencia del Estado*: á  
« su Gobierno toca hacer concesiones y regularlas: bajo este  
« aspecto es una propiedad imprescriptible é inalienable por  
« que es de su esencia quedar siempre en común».

62. En iguales términos se expresa el mismo autor del Código que nos rige, doctor Velez, en la nota del artículo 3°, título *de las cosas consideradas en si mismas*. He aquí sus palabras: « Podemos decir que todos los rios navegables  
« ó no, son de la mayor importancia por la multitud de usos  
« necesarios á la vida, á la *industria y á la agricultura*,  
« y que es conveniente á la paz, á los intereses generales  
« que el Estado sea el único propietario y regulador del uso  
de ellos.»

En resumen, señor Juez, si se atiende á los términos literales de la Legislación que nos rige, y que no pueden ser más absolutos, es pública, patrimonio del Estado y no susceptible de apropiación particular, toda agua *que corre por cauces naturales*; y los ribereños ni aún conservan en los arroyos, la facultad de usarla sin concesión especial, lo mismo que los que no lo son.

Ya sea que se tengan en vista los antecedentes que han originado estas disposiciones, consultándose las que se citan como concordantes, ya sea en fin que se escuche á los autores de una ú otras, cuando las exponen, la teoría y doctrina del demandante resultan de todo punto insostenibles.

63. Lo mismo resultaría del examen de las demás disposiciones de nuestro Código correlativas á esta materia. En Francia como el derecho al riego corresponde exclusivamente á los ribereños, es solo en su favor que la ley de 29 de



Abril de 1845, ha concedido la servidumbre legal de acueducto.

Por el sistema diverso de nuestro Código, como el uso del agua debía pertenecer en común á todos los propietarios ribereños y no ribereños, los cuales, suprimido todo privilegio, quedaban perfectamente equiparados, la servidumbre de acueducto ha sido establecida á beneficio de todo el que precise regar; y todas las fincas en general han quedado sujetas á este gravámen: artículo 15, tít. 13, Lib. 3.º C. C.

64. Por lo demás, yo no puedo negar ni desconozco en manera alguna, que cualquiera que sea la naturaleza del derecho, que le asiste al que ha obtenido una concesión de agua, nadie puede turbar arbitrariamente la posesión; y que para defenderla y ampararla, le correspondan las acciones posesorias.

Si así no fuera, ¿qué sería del derecho de mis representados? En este punto, pues, me encuentro plenamente de acuerdo con la doctrina de los ilustrados abogados á quienes se refiere el doctor Paez, en el escrito de súplica que menciona y la acepto desde luego sin dificultad alguna.

65. Voy más adelante; y le acepto también si así lo quiere, que el derecho de agua importe para los particulares una verdadera propiedad desmembrada del dominio público, y constituyendo de consiguiente verdadero derecho real. ¿Qué perderían en ello mis representados? Lejos de esto ganarían mucho. ¿Qué avanzaría el doctor Paez con relación á la cuestión actual? Nada, seguramente

Si los Ducasse hubieran solicitado nueva concesión de agua, si tratasen de aumentar la suya, y pretendiesen menoscabar y reducir la que corresponde al demandante, su discurso sería muy fundado y sus reflexiones oportunas; pero cuando ninguna de estas cosas sucede, ¿á que viene esa

larga disertación sobre la naturaleza de los derechos ó concesiones de agua?

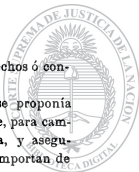
El demandante debía acreditar y en efecto se proponía justificar que los trabajos actuales de los Ducasse, para cambiar la situación de su toma adquiriendo altura, y asegurando aquella mejor contra las crecientes del río, importan de suyo turbación en su posesión.

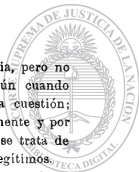
Lo habría conseguido, sin duda, si lograrse hacer ver que la concesión en cuya virtud se realizan esos trabajos, viniese á mejorar y ampliar los derechos de mis representados, menoscabando los suyos; mas esto no se demostraría con justificar que estos son derechos reales: pueden serlo muy bien, y sin embargo, no turbarse su posesión.

66. Si el dueño de una estancia ó un propietario cualquiera, intentase contra otro un juicio posesorio, sosteniendo que se le turbaba ó se le privaba de su posesión, para fundar su demanda, no le bastaría por cierto probar que ejercía un derecho real, que nadie pondría en duda; sino que sería obligado á acreditar también plenamente y por separado, el hecho de la turbación ó el despojo.

En el escrito que contesto se procede á la inversa: toda la parte destinada á demostrar la turbación de la posesión del demandante, por consecuencia indispensable de la obra denunciada, se contrae únicamente en extensas páginas, á hacer ver que la concesión de agua es una propiedad; mas en cuanto al punto en cuestión, se reduce á manifestar en cuatro palabras, los recelos que el doctor Paez abriga de pleitos para lo sucesivo.

Es cierto que la Jurisprudencia requiere indispensablemente en el que denuncia una obra, que posea un derecho real; y bien debía comprender aquel, que declarada pública el agua de todos los rios por nuestro Código, el derecho que se puede ejercer, no es más que temporal y precario; pero esta parte de su escrito estaba destinada especialmente, según el epígrafe, á demostrar el daño que recibe por el trabajo de los Ducasse.





Los pleitos son ciertamente una gran molestia, pero no importarian jamás turbación de la posesión, aún cuando esta misma fuese precisamente el objeto de la cuestión; porque en todo caso aquella se verificaría legalmente y por medio de la autoridad; mientras que aquí solo se trata de laturbación por vias de hecho ó por medios ilegítimos.

67. Luego: una cosa es el recelo de que algo se verifique más tarde, y otra muy diversa el hecho de realizarse; los temores, pues, de que la posesión llegue á ser turbada por alguna persona, mientras esta se versa en cosa lícita, y fundados únicamente en la mera posibilidad de abuso, de ninguna suerte equivalen al hecho mismo de la turbación.

Cuando el hecho suceda, cuando los temores se realicen, cuando se verifique en fin la turbación por los abusos, el demandante tendría espeditas sus acciones posesorias para hacer respetar sus derechos; pero antes que aquello suceda y que estos sean violados de hecho, de palabra ni de pensamiento, ninguna aplicación pueden tener por cierto.

68. No se le oculta, seguramente, al mismo doctor Paez la insuficiencia de su demostración, respecto á la turbación de la posesión, por el hecho de mudar su toma los Ducasse, fundada únicamente en la doctrina de que los derechos de agua se deben considerar reales: siente la necesidad de adelantar algo más; y agrega que el suyo *es excepcional*.

Pero una tal pretensión es absolutamente errónea é inadmisibile: no hay ni puede haber derechos reales excepcionales. No existen otros derechos reales que los que el Código reconoce y enumera en los artículos 1.º y 2.º, tit. 4º, Lib. 3.º; no pueden tener más efectos que los que él les determina; y las convenciones particulares ó disposiciones de última voluntad no alcanzan á cambiar su naturaleza.

69. ¡Derecho real, anómalo, irregular ó excepcional que no sea como los que se conocen! Lo que quiero decir el doctor Paez, si no me engaño, es que no solo posee en propiedad el agua que le corresponde, sino que contra lo que resultaría de los principios generales, aquella su pro-



piedad comprende además, la facultad de impedir que los Ducasse cambien su toma.

En otros términos, que su propiedad está ampliada y aumentada con servidumbre sobre el establecimiento de los Ducasse, por virtud de la cual servidumbre y en obsequio suyo, éstos son obligados á abstenerse de subir la toma, y á conservar el dique actual para seguridad mayor del suyo.

No animándose á atribuirse tal servidumbre en términos claros y expresos, porque para probarla carece de todo título, inventa esta *jarana* de derecho real anómalo, y excepcional, frase mil veces mas maliciosa que la de *ganar altura*, si es que esta tiene algo de malo, ya que contra ella declama tanto el demandante.

70. En realidad, Sr. Juez, que no hay coherencia en las ideas de aquel, ni es fácil salvar las contradicciones en que incurre, al sostener que la obra denunciada lastima sus derechos, y viene á turbar su posesión; porque ni acierta á determinar la manera en que ésto sucede, ni á individualizar el perjuicio que le ocasiona.

Hablando de la concesión, reconoce que la inteligencia más *sensata* que se le podría dar, consistiría en que por ella «se autoriza únicamente, á los Sres. Ducasse á objeto de ganar altura, para levantar por la nueva acequia, la misma agua que alcanzan ahora por la toma inferior.....»

En otra parte dice: «sí pues la concesión hecha á los Sres. Ducasse no puede extenderse á más, que á levantar el sobrante de agua que haya, después de la provisión de las tomas superiores, y si ese sobrante lo han aprovechado siempre, como lo pueden aprovechar ahora.....»

En fin, á la conclusión: «La concesión hecha á los Ducasse tiene los defectos y vicios que hemos hecho notar: pero está muy distante de tener el carácter de una *revocación ó limitación de mis derechos.....*» Así es la verdad, pues lejos de esto el decreto de concesión, al autorizar la nueva acequia, dice: «sin perjuicio de las sacadas anterior-





«mente, las que serán preferidas en caso que el agua del río no baste para todas.»

71. Si pues, es esto así, que la concesión en vez de afectar ni comprometer los derechos del contrario, los salva terminantemente; si él mismo reconoce que ella no importa *revocación ni limitación* en aquello, y si confiesa, en fin, que no admite siquiera otra interpretación racional, que la de que por ella se autoriza á los Ducasse, á continuar usando de la misma cantidad de agua, que en la actualidad aprovechan.

Siendo así. repito, ¿cómo se puede sostener sin una contradicción palmaria y manifiesta, que dicha concesión venga á menoscabar la propiedad del demandante? Y si en realidad aquella no perjudica derechos adquiridos, no siendo los trabajos denunciados más que la ejecución de la misma, sin excederla una línea, ¿cómo puede suceder, no obstante que turben la posesión legítima del Dr. Paez?

72. Una de dos, ó la mencionada concesión perjudica los derechos del demandante, revocándolos ó al menos restringiéndolos, lo cual por su propia confesión hemos visto que no sucede; ó su mera y estricta ejecución por los trabajos que se practican, sin excederla en lo más mínimo, no puede importar turbación de esos mismos derechos, como se pretende en la demanda.

¡Y sin embargo, ofrece acreditar lo contrario *ampliamente* en el terreno práctico. ¿Sobre qué ha de versar, pues, la prueba? ¿Sobre qué la concesión menoscaba sus derechos en propiedad ó posesión? ¿Pues no nos dice que no importa *revocación, ni aún limitación* á los mismos? ¿Que sin perjudicarle la concesión le dañaría su ejecución? ¡Esto es absurdo!

¡Ofrece entonces, la prueba de una cosa imposible y absurda, porque implica la conciliación de dos proposiciones contradictorias y la realización del sí y del nó al mismo tiempo!

Ofrece mucho más que comprobar un milagro; porque al fin este es posible en un orden sobrenatural; mientras que



lo que el demandante se compromete á probar, siendo repugnante á la esencia de las cosas, todo el poder de Dios no alcanzaría á realizarlo.

Dice más el Dr. Paez, pues asegura también haber comprobado, ya, la turbación en su posesión de que se queja. ¿En qué manera lo ha verificado? Con cavilosasidades y suposiciones gratuitas: oigámosle un momento; en la inteligencia de que las palabras que siguen, es todo cuanto expone para demostrar la turbación de la posesión, en la parte de su escrito especialmente dedicada á este objeto.

«La sola circunstancia de tener que asumir el rol de actor en todas las emergencias y reclamaciones, que desde luego se comprende, que tendrían forzosamente que venir en el supuesto indicado (de subir los Ducasse la toma arriba de la suya), sería un motivo más que suficiente para declarar plenamente comprobada la perturbación de la posesión á que me refiero.»

¡Cuántos errores en tan pocas palabras! Analicemos sus conceptos desentrañando su verdadero sentido, pues esto por sí mismo equivaldrá á una refutación completa.

1º Los pleitos en mera perspectiva, aunque el recelo de tenerlos no pueda fundarse todavía en ningún acto irregular y concreto, equivalen á hechos perturbatorios de la posesión, que desde luego puede considerarse violada; y fundan suficientemente una demanda de amparo ó de despojo.

2º Siempre que dos ribereños vecinos mantengan tomas sobre un mismo río á diversa altura, debiendo dividir el agua en cualquier manera, son forzados á tener pleitos; y el inferior aún antes de producirse por el otro, hecho alguno restrictivo de su posesión, puede considerarla turbada; y tiene expéditas sus acciones para quejarse de él cuando se le ocurra.

3º En la situación expresada y en el supuesto indicado, la mera posibilidad de cuestiones en las cuales el ribereño inferior tuviese que hacer de actor, sin más ni más, funda-



ría suficientemente de su parte, cualquier queja contra el otro por perturbación en la posesión.

74. No me demoraré, repito, á refutar semejantes proposiciones que se desprenden inmediatamente de la exposición del demandante: porque jamás se habrán emitido doctrinas mas extrañas, más infundadas, ni más inadmisibles, pues que no hay ley ni principio, ni autoridad que las apoye.

Muy al contrario, la ley 18, título 32, Part. 3ª preveía el caso de que hallándose ya establecido un molino en algún río, se tratase de construir otro nuevo, resolviendo ser esto permitido, á condición solamente, de no cambiar el curso de la corriente, privando del agua y perjudicando al primero.

Por poco que se reflexione sobre esta condición, se advierte que se supone precisamente, que el nuevo molino haya de situarse más arriba que el otro; porque á no ser así, ningún perjuicio podría causarle.

Es claro pues, que habría complicación de derechos y posibilidad de cuestiones, en las que el dueño del antiguo molino tendría que hacer de actor; y sin embargo la ley declaraba perfectamente lícita la construcción de la nueva obra.

Aquí tiene el Dr. Paez desvanecidos todos sus argumentos y destruidos todos los fundamentos de su demanda: considérese si se quiere la apertura de una nueva toma, como la construcción de un nuevo molino, pues esta la supone necesariamente; y resultará claro como la luz, que no tiene derecho á oponerse, mientras no se le prive del agua que disfruta—Calvo y Pereyra *De las aguas*, página 14—Enciclopedia Española de Derecho y Administración, tomo 2, v. *Agua*, página 316.

Confundir, Sr. Juez, la posibilidad, ó si se quiere la probabilidad, de llegar á tener cuestiones y diferencias, que muy bien pueden evitarse razonablemente, con el hecho de su existencia ó realización, y este mismo con el de resolverse arbitrariamente fuera de las vías legales,



que sería lo único que justificaría el uso de las acciones posesorias, es la mayor aberración sin duda, de los principios jurídicos, que imaginarse puede.

¿Y si tales cuestiones no se suscitasen? Si llegando á promoverse, se resolviesen jurídicamente por los tribunales competentes. ¿En qué consistiría la perturbación arbitraria de la posesión? ¿Cuál sería el hecho que le hubiera servido de fundamento?

Invadir por vías de hecho la posesión ajena, es un verdadero atentado, que de nadie debe presumirse, antes que se haya verificado y sin que se pruebe: establecer pues como presunción fundada, que los Ducasse colocados más arriba que el Dr. Paez, procederán de esa manera, sin que hasta el presente se les puede imputar ni el más leve desmán ó el más ligero exceso, sería hacerles una injuria inmerecida.

## V

§ 75. Terminado el exámen de lo expuesto en el tercero y último capítulo del escrito que contesto, yo voy á proponer el cuarto: *cosa juzgada acerca del mismo punto que se discute*: el demandante procede en la inteligencia de que su derecho al uso del agua es más antiguo que el de los Ducasse, y que la facultad que éstos tratan de usar, colocando su toma más arriba que la suya, nace únicamente de la reciente concesión del Gobierno.

Todo esto es completamente equivocado; pues como lo llevo insinuado, ambas cosas se apoyan en títulos anteriores, de todo punto legítimos, antiquísimos y sumamente respetables, á saber: la merced hecha por el Gobernador don Angel de Peredo, en la Rioja á 4 de Marzo de 1672, á favor de don Sebastian Adaro, del terreno situado en la ribera norte del río, desde de Saldán hasta Casavinda; con derecho á toda el agua que *se necesitase y pudiera sacarse*.

Podía, por tanto, indudablemente tomarse por donde conviniese en toda la costa; porque á este respecto no se ponía



restricción alguna; y esta facultad fué reconocida y respetada en todo tiempo á los poseedores de esas tierras, de suerte que la reciente concesión, en vez de importar en ningún sentido innovación, como equivocadamente supone el demandante, no es más en realidad, que la ratificación innecesaria de la acordada anteriormente.

76. Hemos visto que el derecho á toda el agua que se necesitase y se pudiese sacar, tiene más de dos siglos de antigüedad y posesión continuada hasta el día: el terreno en que se halla situado el molino del doctor Paez, perteneció á los antiguos Jesuitas, quienes lo cedieron en precario al Cabildo, para dar ensanche á la Reducción de los Indios Calchaquies que se fundó; y no gazaba de derecho de agua, según resulta de la misma escritura de préstamo.

Espulsados los Rs. Ps. Jesuitas á fines del siglo pasado y confiscados sus bienes en favor del Estado, en 1781 don Juan Manuel Lopez, el mismo que despues construyó la acequia municipal, denunció y compró en remate público el enunciado terreno, sin hacerse mención alguna del derecho al agua, que probablemente obtendría muy luego, porque pocos años despues estableció allí el molino, que más tarde compró el señor Obispo Moscoso, y cedió al Colegio de Huérfanas.

77. En 2 de Febrero de 1785 se verificó el contrato entre el Cabildo y don Juan Manuel Lopez para la construcción de la acequia; y en él, concediéndosele permiso para fundar otro molino sobre la misma acequia, fuera del que ya poseía, se estipulaba por la cláusula octava, que no se permitiría establecer molino alguno, entre la toma del suyo y la que debía abrirse nuevamente, ni sacarse acequias para riego más aca de la Calera.

Por cierto que este contrato perjudicaba gravemente, los derechos de la merced de Adaro y otros varios: así es que no podía dejar de producir, y produjo efectivamente muchos pleitos entre los poseedores de dicha merced, y el Cabildo ó los sucesores de Lopez; pleitos que fueron re-



sueltos todos uniformemente, aunque en diferentes épocas contra estos últimos; quedando así reconocido como existía de antemano en favor de aquellos, el derecho para sacar acequia *antes ó despues de la toma municipal*.

78. El primero de los mencionados pleitos, se suscitó en 1796 entre don Nicolás Cabrera, poseedor de una parte de la merced de Adaro, que pretendía sacar acequia más arriba de la toma pública, y el Cabildo que quiso impedirselo, de acuerdo con lo estipulado en favor de Lopez, y fué resuelto en favor de los derechos del mencionado Cabrera, por el Gobernador Intendente Marqués de Sobremonte.

El segundo pleito tuvo lugar á principios de este siglo, y poco despues de establecido el Gobierno patrio, entre don Miguel Galán, dueño de la parte poniente de dicha merced, que intentaba fundar un molino más arriba de la toma que fué de Lopez, y los Funes, sucesores de éste, que se opusieron, temiendo que les perjudicase, y alegando también el mencionado contrato; siendo resuelto en igual sentido que el anterior, en favor del derecho reclamado por Galán.

El tercer pleito sobre el mismo punto debatido en los anteriores, el derecho de abrir toma más arriba que la de la ciudad, se originó sin duda, á consecuencia de haberse extraviado la sentencia pronunciada contra el Cabildo, en favor de don Nicolás Cabrera, teniendo lugar entre su viuda doña Tomasa de Allende y el Colegio de huérfanas, sucesor de Lopez y causante del doctor Paez.

79. Como lo verá V. S. en los autos de la materia, por parte de la señora Allende, se invocaban los derechos de la merced de Adaro y las sentencias pronunciadas anteriormente, contra la concesión del Cabildo á Lopez, en la cláusula octava de su contrato.

El Colegio de huérfanas quiso hacer valer en su favor la prescripción, por no haber usado, según decía, en muchos años los poseedores de la merced, de su derecho á sacar



agua: pero el doctor Cabrera rechazó esta excepción, haciendo notar que se trataba de un derecho de *mera facultad*, que no podía perderse por el simple no uso y trascurso del tiempo.

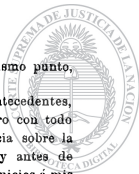
Esta era en efecto la verdadera doctrina que se deduce del Derecho Romano LL. 34 y 35 de servits. rusts., como lo sostienen Cépola, Vinio, y modernamente Troplong, Vazeille, Daviel; y lo enseña también el mismo autor del Código Civil que nos rige, doctor Velez Sarsfield, en la nota del artículo 96, título *De las servidumbres en particular*.

80. No podía pues dejar de ser desechada, como lo fué en efecto, la oposición formalizada por el mencionado colegio, á la apertura de una acequia iniciada ó proyectada por los herederos de Cabrera, más arriba de la toma municipal actual, para construir un molino; declarándose nuevamente su derecho á establecer *uno ó más molinos*, sin perjuicio del que pertenecía á las Huérfanas.

Hé aquí la sentencia asesorada por el doctor Villegas: « Córdoba, Noviembre 5 de 1819.—Vistos: se declara que « los herederos del finado don Nicolás de Cabrera y doña « Tomasa de Allende tienen derecho á abrir boca-toma en « el río de esta Ciudad para regar sus tierras, conocidas bajo « el nombre de Hornos de don Félix (hoy de los Ducasse) « y para establecer y fundar en ellas molino ó molinos, si « conviniere á sus intereses, en uso y ejercicio del dominio « y señorío que les corresponde sobre la ribera contigua á « su terreno, sin perjuicio del curso del agua que á juicio « prudente de peritos, sea bastante y suficiente para que « corran las preexistentes paradas de molinos de la propiedad del Colegio de educandas de esta Capital de Provincia, sin especial condenación en costas.—Francisco Solano de Echenique—Lorenzo Villegas.»

81. En vista de tan expresa y terminante resolución, ¿no es una temeridad incalificable, el que de nuevo y por cuarta vez se promueva el mismo pleito, por los sucesores de los que lo perdieron contra los de los que lo ganaron,





exactamente sobre la misma cuestión y el mismo punto, que por aquella se decidió definitivamente.

El demandante habrá ignorado quizá estos antecedentes, quiero hacerle el honor de suponerlo así; pero con todo no es excusable en manera alguna, la ignorancia sobre la calidad y extensión de los propios derechos; y antes de lanzarse á un nuevo litis, causando graves perjuicios á mis representados, ha debido informarse completamente de cuanto le concernía.

82. La finca de mis representados, desmembración de la merced Adaro, y que comprende los Hornos de Cabrera citados en la última sentencia, que se acaba de transcribir, posee pues de un modo evidente, el derecho de alzar el agua más arriba de la toma del doctor Paez, fundado en los títulos más antiguos y respetables, declarado judicialmente repetidas veces en juicios contradictorios, y recientemente ratificado de nuevo por el Gobierno de la Provincia.

¿Quién es entonces el que pretende alterar los respectivos derechos de las dos fincas de que se trata? Lejos de turbar los Ducasse con el trabajo de nueva acequia la posesión del demandante, es él por el contrario, quien oponiéndose á su continuación, intenta privar á aquellos de los derechos que les competen y cuya posesión conservan legalmente.

83. Con efecto, señor Juez, no pudiendo perderse, conforme á la doctrina establecida, y según se encuentra también resuelto, los derechos de mera facultad, como se considera el de abrir toma para una acequia, por el simple no uso y el trascurso del tiempo, la finca de mis representados lo conservaría, aún que en muchos años no hubiesen sus poseedores tenido acequia alguna.

Pero debe agregarse con relación á la facultad que actualmente se les disputa, de sacar el agua de la parte superior del dique municipal, que habiendo tenido siempre acequia corriente, aunque arrancándola de más abajo, esto bas-



taria, sin embargo, para haber conservado su derecho en toda la extensión que tiene por sus títulos.

84. En efecto, cuando estos contienen diversas maneras de usar el derecho que acuerdan, basta haberlo hecho de cualquier modo, en conformidad de aquellos, para conservarlas todas; á ménos que el dejar de servirse de algunas, hubiera consistido en la contradicción ó impedimento que opusiera aquel á quién esto pudiera perjudicar, lo cual no ha sucedido en nuestro caso.

La teoría expuesta se contiene claramente en el texto del art. 96 tit. *De las servidumbres*, C. C. que dice: « cuando « el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme á su título, en la medida de sus « necesidades ó conveniencia, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba « autorizado á hacer.»

Esta doctrina que se apoya en la opinión de Felix y de los señores Aubri y Rau, la ilustra el doctor Velez con los conceptos siguientes: « si vuestro título por ejemplo, os « autoriza á pasar por mi heredad en todo tiempo, y pasais « en el verano, lo habeis indudablemente ejercido en todo « tiempo, es decir, cuando lo tuvisteis á bien.»

« Nuestra fórmula es que el derecho se conserva íntegro, « siempre que la posesión está conforme con el título, y « no haya encontrado limitación, sino en la voluntad, y las « necesidades ó conveniencias del propietario del fundo « dominante.»

Y no es que yo pretenda que la facultad de los Ducasse para usar de su derecho al agua, arrancando la acequia de más arriba del dique municipal, se derive de servidumbre que hayan adquirido contra el doctor Paez ó la Municipalidad, sino que si la enunciada doctrina es cierta aún respecto á los derechos comprendidos en una servidumbre, es hasta incuestionable con relación á los que surgen de la propiedad.

« Si el propietario de un terreno, dice el mismo doctor



« Velez en el lugar indicado, se ha abstenido de edificar en  
« él durante cincuenta años, el vecino no podrá oponerse á  
« que lo haga cuando él quiera; porque todos los actos del  
« propietario son facultativos, y su omisión no puede servir  
« de fundamento á ninguna prescripción.»

86. He manifestado antes los documentos antiquísimos de que se deriva el derecho de mis representados, á usar del agua que *necesiten y puedan sacar*, tomándola de cualquier punto de la ribera, en lo que comprendía la merced de Adaro; y he aducido también las resoluciones que á diversas épocas en juicios contradictorios, han reconocido, declarado y robustecido ese derecho.

En conformidad de estos antecedentes, encontrará V. S. posteriormente, en las diversas enagenaciones y transmisiones de dichas tierras, mencionado frecuentemente el derecho de agua que poseían, con la calidad de poderla tomar por donde conviniese, que dejo expresada.

Vamos á verlo extractando á la ligera, algunas de las escrituras de dichas trasmisiones y divisiones: desmenbradas aquellas tierras en diversas porciones, la conocida por la de Gonzalez y la de Galán, la cual quedaba al poniente de aquella y en la parte más elevada, arreglaron el derecho al agua, conservándolo la primera, y constituyéndosele á su favor servidumbre de acueducto, para que pudiese disfrutarla trayéndola por ese lado.

87. En la escritura de venta otorgada en 13 de Setiembre de 1817, ante el escribano público don Diego de Olmos y Aguilera, por doña Tomasa de Allende viuda del finado don Nicolás Cabrera, á favor de don Manuel José de Ocampo de la finca denominada *Hornos de Cabrera*, hoy propiedad de mis representados, se encuentra la siguiente cláusula:

« Así mismo se comprende en esta venta la servidumbre  
« *aquea ducende*, que goza dicho terreno como prédio domi-  
« nante, para sacar toma y acequias, *antes ó despues* de la de  
« esta Ciudad, segun todo consta de sentencia definitiva de  
« este Gobierno pronunciada en juicio contradictorio, todos



« los cuales derechos doy en esta venta real á dicho señor  
« Ocampo.»

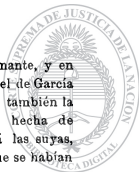
88. Por el documento público otorgado en 6 de Agosto de 1835, ante el escribano don José Baños de Flores entre doña Úrsula Gonzalez, viuda y albacea de don Manuel José de Ocampo y don Eduardo Gonzalez en representación de su padre don Pedro Juan, se ve: que habiendo vendido á éste los terrenos que fueron de su expresado esposo, aquel le hizo devolución de ellos, por transacción, conservando solamente el del molino, el cual quedaba así separado de los demás, que en gran parte han vuelto á reunirse bajo el dominio de los Ducasse.

La reserva de dicho establecimiento se hacía con la toma y acequia, estipulándose: que si llegase á cegarse, de común acuerdo se determinaría otra nueva toma para dicha acequia, de manera que no perjudicase los edificios de la señora Gonzalez.

89. El 5 de Octubre de 1828 la misma señora doña Úrsula Gonzalez de Ocampo por ante el escribano público don Narciso Baños, otorgó escritura de venta á favor de don Tomás Ferreyra de los terrenos conocidos por de don Pedro Juan Gonzalez, bajo los límites, linderos y con los *derechos al tagua* que expresan las escrituras y documentos que le entregaba.

El 13 de Diciembre de 1870 el Ilustrísimo señor Obispo doctor don José Vicente Ramirez de Arellano declaró, y reconoció ante el escribano doctor don Miguel Ruiz, la venta que de mancomun con su hermano el finado doctor don Eduardo, tenían hecha en 1863, á favor de don Bernardo Luciano Ducasse, del molino que fué de Gonzalez y de otra suerte de tierras adyacentes, incluyéndose *el derecho de agua, toma, acequia, servidumbre de acueducto* y demás derechos que dicha finca tiene constituidos en su favor, que constan de escritura pública.

En fin, de los instrumentos públicos otorgados en 25 de Agosto de 1873 por doña Pia Martinez de Puyrrédón,



ante el escribano doctor don Francisco Bustamante, y en 20 de Abril de 1876 por doña Castoria Ascorcel de García ante el escribano don Eusebio Pizarro, consta también la adquisición que los hermanos Ducasse tienen hecha de otras suertes de tierras así mismo adyacentes á las suyas, que pertenecieron al mencionado Ocampo, y que se habían desmembrado por la transacción de Gonzalez.

90. Resulta de esta relación exactísima y con referencia á instrumentos fehacientes todos ellos, que no solamente los primeros causantes obtuvieron desde tiempos remotísimos los más legítimos derechos al agua, que constantemente les fueron reconocidos con la facultad de alzarla más arriba de la toma actual del doctor Paez, sino que ese derecho se ha conservado siempre, sin interrupción en los sucesores de aquellos, hasta llegar á mis representados, que conservan legalmente su posesión.

Resulta también con la mayor claridad y de un modo incontrovertible, que la reciente concesion del Ejecutivo á mis representados en el mismo sentido, y consiguientemente los trabajos que practican en ejecución de ella, léjos de innovar, alterar, ni de trastornar las relaciones legales en los derechos al uso del agua, no hace más que reconocer y ratificar los que corresponden en estricta justicia á los demandados.

91. No hay pues de parte de ellos, ni puede haber siquiera perturbación alguna en el goce de los derechos que corresponden al demandante, sino que por el contrario es él precisamente, quien oponiéndose á la obra que ha denunciado, viene á turbar la posesión en que se encuentran los Ducasse, en la cual V. S. debe ampararles, de la facultad de que se les quiere privar.

Sírvase comparar los términos de la concesión acordada por el Exmo. Gobierno á mis representados en 19 de Octubre del año pasado, con los de la sentencia pronunciada por el alcalde don Francisco Echenique á 5 de Noviembre de 1819 contra el Colegio de Huérfanas causante del doctor Paez y



á favor de doña Tomasa Allende de Cabrera, antecesora de los Ducasse; y encontrará que no conteniendo aquella concesión más ni ménos que esta resolución, bien podría considerarse como *el cûmplase de la misma*.

Acompaño en fs. útiles todos los instrumentos probatorios de que llevo hecha mención: en cuanto al expediente del mencionado pleito entre las Huérfanas y dicha señora Allende, el cual ha venido recientemente á nuestro poder en el estado en que se encuentra; siendo original, V. S. en conformidad á las disposiciones vigentes al respecto, debe mandarlo archivar, poniéndose en estos autos copia testimoniada y fehaciente.

A V. S. suplico que habiéndome por presentado con los documentos adjuntos, y por contestada la demanda, sobre perturbación de posesión, se sirva desechar aquella sin más trámite; declarando además, el perfecto derecho con que proceden mis representados en los trabajos de nueva toma que han emprendido, como el que les asiste para continuarlos hasta concluirlos, con indemnización de las costas que se les ocasionen, por ser de justicia.

CORTÉS.

**Adolfo Laffose.**

---

## SEGUNDO ESCRITO

---

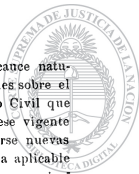
### SUMARIO

Antecedentes del asunto.—Exámen de los documentos que acompañan á la demanda.—Ordenanzas y acuerdos del antiguo Cabildo que tambien se mencionan.—El Fiscal de Gobierno entendió mal la solicitud de los Ducasse, creyendo que pedían mayor cantidad de agua, y en ese sentido fué que se opuso.—Esto era inexacto, pues lo único que se solía, era el permiso para cambiar la toma; y eso fué lo

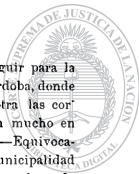


que autorizó el Gobierno aconsejado por el Departamento Topográfico.—Irregularidad del proceder del Consejo Ejecutivo que pone de manifiesto su falta de imparcialidad.—El Consejo al peticionar al Gobierno la revocación de la nueva concesión de agua que suponía haber hecho, le reconocía esta facultad, que en la demanda reclama como atribución suya.—Las concesiones de agua no son revocables *ad nuptum*, aún cuando puedan restringirse por reglamentos ó medidas generales.—El Consejo sentaba pues un mal precedente, al solicitar la revocación de una concesión especial.—La única consideración que entonces expuso, fué la falta de agua en el rio, más esta dificultad desapareció con la declaración de que en el caso de escasear, el servicio público sería preferido.—No satisfecho, sinembargo, el Consejo solicitó dictámen del abogado consultor, el cual agregó entonces que la administración se complicaría.—Por ultimo, se mandó preparar un informe al ingeniero municipal, que á su vez se avanzó á decir, que los trabajos de los Ducasse perjudicarían á la toma de la acequia pública.—En su segunda nota al Gobierno, el Consejo le manifestaba que los Ducasse construían un canal de riego; y que así lo informaba el ingeniero municipal; todo lo cual era falso.—Este decía sinembargo, que alzarían toda el agua del rio, y que sería más perjudicial que el de un señor Dominguez, que acababa de construir otro muy grande de regadío; contra el cual el Consejo no había reclamado.—Exámen del informe de dicho ingeniero: errores manifiestos é inexactitudes que contiene.—Equivocación del Consejo al sostener que en la época colonial el reparto de las aguas ó concesiones de riego era atribución ordinaria de los cabildos.—Los acuerdos y ordenanzas de los antiguos cabildos no se pueden considerar vigentes; y por esta razón no se han incluido en el Digesto Municipal.—El decreto que se cita de 1796 para que no se hicieran nuevas concesiones de agua sobre el rio Primero, nunca se observó porque aún después de esa fecha se han hecho varias.—En todo caso habría quedado derogado por la ley Provin-

cial que declaró pública toda agua corriente por cauce natural.—La disposición que prohibió construir diques sobre el río, estaría asimismo derogada por la del Código Civil que los permite hasta la mitad.—Cuando se supusiese vigente el precitado decreto de 1796, prohibiendo hacerse nuevas concesiones de agua en el río Primero, no sería aplicable al caso en cuestión.—El permiso para subir la toma no importa nueva concesión de agua, y la que corresponde á la finca de que se trata, remonta á 1672.—Se demuestra lo imaginario de los perjuicios que se supone recibiría el servicio público por los trabajos de los Ducasse.—Se recuerda que estos han querido para poder continuarlos, prestar garantía á satisfacción; la cual ha rehusado admitir el Consejo. - Es inexacto que falte el agua para el servicio público; pues al contrario, en el contrato sobre el establecimiento de aguas corrientes en la ciudad, se supone que reparado el dique, resultará un sobrante.—El aumento de empleados y la complicación de la administración que se invocan como perjudiciales, son meros pretextos; porque es imposible evitarlos sin impedir el progreso. Es infundada la observación de que subiendo los Ducasse su toma, el municipio perdería las ventajas que hoy disfruta como ribereño superior.—Es un error creer que el derecho del ribereño superior de por sí, es preferente al de los inferiores; pero siéndolo por otro concepto el de la Municipalidad; y estándole reconocido; jamás podría perderlo.—Se responde á las observaciones con que se intenta probar que el objeto manifestado por los Ducasse en sus nuevos trabajos, el de ganar altura, sea quimérico; y que en realidad lo que se proponen es alzar mayor cantidad de agua.—El fundamento real de la oposición de la Municipalidad á los indicados trabajos, no puede ser el que se expresa de la disminución del agua, pues á pesar de que continuamente se abren nuevas tomas, nunca se ha opuesto ni hecho observación alguna.—El empleo que la Municipalidad puede dar á las aguas, jamás será más provechoso, que el de la que se destine para proporcionar pan al







pueblo.—¿Cuál sea el sistema que convenga seguir para la distribución de las aguas en la provincia de Córdoba, donde por una parte el riego es indispensable, y por otra las corrientes, disminuyendo en invierno, aumentan mucho en verano, por lo menos ocho veces su volúmen?—Equivocación del Consejo al sostener que porque la Municipalidad debe cuidar el servicio de agua en las poblaciones, haya de ser también la que ejerza jurisdicción en los ríos, y verifique las concesiones para el riego.—El error proviene de haber encontrado en los libros del antiguo Cabildo que este corría con la distribución de las aguas; y á veces hacía concesiones en las del río.—Esto, sin embargo, sólo procedía por delegación; y no demuestra en manera alguna, que el hacer tales concesiones fuese atribución propia del Cabildo.—Sin reflexionar en esto, el Consejo se encuentra embarazado, al notar, que también el Gobierno hacía concesiones de agua; inclinándose por esto á admitir una jurisdicción concurrente.—En el régimen colonial era desconocida tal especie de jurisdicción, sino quisiese llamarse concurrente la que desempeñaban *in solidum* los Alcaldes, con derecho de prevención: por la Constitución las atribuciones de la Municipalidad son privativas y excluyentes.—Por la Legislación de Indias el reparto de tierras y aguas era considerado prerogativa Real, que se comunicaba á los Vireyes ó Presidentes y á veces á los Gobernadores.—Se corrobora esta doctrina con las opiniones de los autores que han expuesto la indicada Legislación.—Aún admitiendo que el Cabildo hubiese gozado la atribución que se reclama, no debe olvidarse: que siendo suprimido, su autoridad caducó; y aunque más tarde esta institución se ha restablecido con el título de Municipalidad, no lo ha sido con las mismas atribuciones, sinó con las que la ley le confiere.—Las leyes de la provincia que confieren á la Municipalidad el servicio de aguas, se refieren á la higiene: siendo atribución del Ejecutivo reglamentar el aprovechamiento de las aguas, para los usos de la agricultura é industria.—Habiendo cambiado enteramente las condiciones



de la organización de la provincia en la época colonial, el ejercicio de la indicada atribución por la Municipalidad sería incompatible con el régimen actual.—No es un argumento en contrario, la mención que algunas disposiciones del Código hacen de la Municipalidad, como autoridad competente en ciertos casos, para dar ó negar el permiso de realizar trabajos relativos al uso de las aguas.—Esas disposiciones se refieren sin duda á la policía de los ríos bajo ciertos respectos; ó bien á las aguas, cuya distribución le hubiese sido encomendada; pues igual mención hacen del Estado y de la Provincia.—Declaradas del dominio público todas las corrientes de agua, mientras la ley no haya reglamentado la materia, lo natural es que el Ejecutivo sea quién la administre.—Las últimas disposiciones del Gobierno colonial quitaban toda duda reservando sólo á los cabildos el servicio de aguas en las poblaciones.—En el mismo sentido se ha resuelto el punto en España, deslindándose en la materia lo que pertenece á los ayuntamientos y lo que corresponde al Gobierno.—Opiniones y doctrinas de varios autores modernos, en la materia, de que se trata.—La posesión que alega la Municipalidad no puede referirse al Río; porque según el Código, es del dominio público.—Tampoco puede referirse á la facultad de hacer concesiones de agua; porque desde mucho tiempo es el Gobierno el que las otorga.—Ni en fin, al derecho de impedir que se abran tomas más arriba de la suya; porque declarada pública el agua, los propietarios que se hallan situados más arriba, habían adquirido el derecho de servirse de ella.—El Código al mismo tiempo que declara que los bienes municipales pueden enagenarse, resuelve que las aguas corrientes como del dominio público no son alienables.—Cualesquiera que en lo antiguo, hubiesen sido en esta materia, los privilegios del municipio reglamentados de nuevo en el Código, habría que estarse sólo á sus disposiciones.—La Municipalidad no ha justificado el perjuicio que supone resultarle de la concesión á los Ducasse, procurando anularla.—Era obligada á hacer, esa



justificación, por más que dicha concesión lleve la cláusula de *sin perjuicio*.—Es inexacto que con motivo de la reclamación del Consejo al Gobierno, éste lo autorizase para revocar aquella concesión.—Lo es igualmente, el que por el contrato para el establecimiento de aguas corrientes, la Municipalidad se hallaba obligada á impedir nuevas tomas sobre el río.—El permiso de que se trata concedido á los Ducasse, es de fecha anterior; y no importa nueva concesión de agua.—Las dos razones que la Municipalidad manifestaba como fundamentales, para oponerse á la concesión de los Ducasse, sus obligaciones en el contrato de aguas corrientes y el acuerdo de 1796, resultan enteramente vanas.—Se demuestra que el derecho de agua correspondiente á la finca de los Ducasse, como desmembración de la merced de Adaro, y con la calidad de poderse alzar el agua más arriba de la toma municipal, data de más de dos siglos.—Ese derecho habiéndose usado en forma diversa, pero tambien arreglada al título, no ha podido perderse por tiempo.—Además, ha sido reconocido en distintas ocasiones en juicios contradictorios con los representantes del Cabildo.

*Señor Juez de Sección:*

Adolfo Lafosse, apoderado de los hermanos Ducasse propietarios del molino que lleva sus nombres, situado en la banda Norte del Río de esta ciudad, constituyendo domicilio en la calle San Martín número 56, en uso del traslado que se me ha comunicado en la demanda interpuesta por el Consejo Ejecutor de la Municipalidad, á fin de que se manden suspender los trabajos que ejecutan mis representados para subir su toma frente al Paso del Pueblito, declarándose además que no tienen derecho para hacerlos, ante U. S. expongo: que tal demanda carece de todo fundamento legal, es por lo mismo absolutamente improcedente, y debe ser desechada con las costas del juicio é indemnización de los perjuicios que ocasione.

I

§ 1º Mis poderdantes, Sr. Juez, teniendo necesidad de subir la toma de la acequia que conduce á su establecimiento el agua de que se sirven para poderle dar mayor presión en el depósito, trayéndola de más arriba, y mover así un mecanismo colocado desde hace varios años, pero que se conserva inútil á causa de no tener aquella fuerza suficiente para hacerlo andar, por más que se considerasen asistidos del mejor derecho á verificarlo, fundado en títulos perfectamente legales y reconocidos en juicio diversas ocasiones; deseando proceder con toda la prudencia y precauciones convenientes, no quisieron emprender este trabajo sin recabar antes de nuevo la autorización competente.

Se dirigieron pues al Gobierno, quién previos los trámites del caso, tuvo á bién concederles efectivamente la indicada autorización; en virtud de la cual iniciaron recién otros trabajos, que hasta el presente les cuestan ya cerca de ocho mil pesos; pero que terminados, no sólo aumentarían, sinó que duplicarían la importancia de su establecimiento.

2º Mas, hé aquí, que no faltó quién advirtiese (véase el informe del ingeniero Municipal) que el dique actual de los Ducasse contribuye á la seguridad del de la finca del Dr. Paez, el cual sin aquél, que por lo mismo conviene conservar á toda costa, exigiría mayor atención é impondría, sin duda, gastos mas crecidos que en la actualidad. Pero ¿qué obligación tienen mis representados de afianzar con el suyo, el indicado dique ó el de la acequia pública?

Como quiera, alarmado aquél, recurrió según lo tiene reconocido, al Consejo Ejecutor de la Municipalidad, denunciando la obra por dañosa á la ciudad, y pretendiendo que la mandase destruir administrativamente; mas aunque consiguiese hacerlo aceptar sus apreciaciones, el Consejo no se animó á tanto, y prefirió solicitarlo del Gobierno; no habiéndolo obtenido, ocurre ahora á los Tribunales, sin





esperar siquiera la autorización del Consejo Deliberativo, á quién parece regular se hubiese consultado.

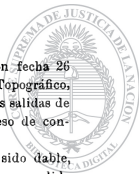
3° No ha bastado para hacerlo desistir de sus propósitos ni la declaración oficial del Ejecutivo, que dejaba completamente salvados los derechos del Municipio, ni la garantía de indemnidad ofrecida judicialmente por los Ducasse, la cual aseguraba también de todo punto sus intereses: el Consejo había decretado ya que *Cartago sería destruida*, y desplegando esta vez un celo inusitado, no ha querido omitir medio alguno de conseguirlo.

Por más que le repugnasen pues á quién solicitaba un proceder violento del Ejecutivo, la discusión razonada de los juicios, y la resolución fundada en derecho del Magistrado, proclamando desembozadamente, como lo hace el Consejo «que sujetará la Municipalidad á que *un tercero* juzgue si tiene razón, cuando manifiesta los perjuicios que sufre, es sujetarla á continuos pleitos y embarazos que dificulten su marcha. . . . .» por más que le repugnase decía, someterse al fallo de la justicia, ha tenido que recurrir á las vías ordinarias interponiendo demanda.

4° La que contesto, señor Juez, consta de tres partes, á saber: antecedentes del asunto—perjuicios que irroga al Municipio la obra de los Ducasse—atribuciones que reclama el Consejo Ejecutor;—conformándome con esta división, voy á tratar las materias en el mismo orden en que han sido expuestas.

Los antecedentes aducidos consisten: 1° En la nota del Consejo al Ejecutivo con fecha 29 de Marzo último; 2° Resolución adoptada por éste en su virtud; 3° Copia de la vista fiscal con motivo de la solicitud de los Ducasse; 4° Informe del ingeniero municipal al Consejo fecha 22 de Junio; 5° En fin, resolución del mismo, ordenando al abogado consultor formalizase esta demanda.

Faltan aquí manifiestamente varias piezas que habría convenido figurasen para mayor instrucción como la denuncia del Dr. Paez—informe sobre ella del abogado consultor—



el primer informe expedido por el ingeniero con fecha 26 de Marzo, y por último el del Departamento Topográfico, que si bien no se armoniza con las demás piezas salidas de las oficinas municipales, no habría dejado por eso de contribuir á hacer la luz.

Supliendo, pues, ese defecto en cuanto me ha sido dable, acompaño las tres últimas, únicas que nos hemos podido proporcionar; y voy á permitirme sobre todas ellas un ligero análisis; ya que se aducen como antecedentes justificativos de la pretensión más arbitraria y de la demanda más descaminada.

Se menciona también, cierto acuerdo del Cabildo de 1796 motivado por una orden del Gobernador Intendente para que no se hicieran nuevas concesiones de agua en el rio por considerarse exhausto; varios sin fecha para que no se permita sobre el rio más toma que la de San Cristóbal; y en fin, otro que se supone olvidado, prohibiendo que se construyan diques; pero estos antecedentes son de diverso género: empecemos pues, por los primeros.

5° Desgraciadamente, señor Juez, la solicitud de los Ducasse para que se les permitiese cambiar la situación de su toma, no fué redactada con toda la claridad que fuera de desear y que habría convenido, pues esta circunstancia ocasionó entorpecimientos y dificultades de parte del Fiscal; á causa de no haber comprendido su verdadero sentido.

Se decía en la indicada solicitud, que necesitando los recurrentes aumentar la fuerza del agua, pedían se les permitiese prolongar su acequia, para tomarla de mayor altura; y como no se explicase en qué manera se trataba de aumentar la fuerza del agua, el Fiscal de Gobierno comprendió según parece, que esto se haría alzando más cantidad.

6° En ese concepto equivocado fué solamente que se opuso, como puede observarse por los fundamentos de su vista, los cuales consisten en que el uso de parte de los Ducasse de mayor cantidad de agua, no podía dejar de perjudicar



derechos adquiridos por los particulares, que tienen tomas colocadas más abajo, como los del Municipio mismo.

Debe inferirse razonablemente de esto, que en la suposición de que no hubiese de alzarse por la nueva toma mayor cantidad de agua, que la que siempre ha correspondido al molino, faltando el fundamento único de su oposición, el Fiscal no habría hallado inconveniente para que se defiriese á la enunciada solicitud.

Ahora bien, la verdad es que la pretensión de los Ducasse no era de nueva concesión de agua: no trataban de aumentar la que poseían, y sí únicamente de aprovecharla mejor, trayéndola de mas altura para poder comunicarle mayor presión, y conseguir así según se ha explicado, hacer andar un mecanismo inutilizado por falta de fuerza suficiente con que moverle.

El Departamento Topográfico estudiando la petición con mayor detención y más á fondo, la comprendió mejor que el Fiscal, la expuso convenientemente al Ejecutivo, y éste no pudiendo dejar de encontrar exactas sus observaciones, verificó la concesión, salvando sin embargo perjuicios de tercero.

7º Con todo, el Consejo Ejecutor de la Municipalidad sin conocer estos antecedentes, ni procurar informarse de lo que contenía en realidad, la concesión hecha en favor de mis representados, solicitando un informe del Gobierno, como era muy regular; antes bien prefiriendo atenerse á otros datos enteramente inexactos, resolvió desde luego oponerse á la ejecución de aquella.

En de nota 829 de Marzo dirigida al Ejecutivo, haciéndole presente la escasez de agua que sufre el público en ciertas épocas, y dando por sentado equivocadamente, que el permiso otorgado á los Ducasse para trasladar su toma, importaba nueva concesión de agua; lo que no es cierto, le pidió la revocase, y mandase destruir además, los trabajos ejecutados en su virtud.

Tal nota, señor Juez, impropia en todo sentido, contiene



infinitos errores é inexactitudes, que voy á permitirle observar, para demostrar así el irregular proceder del Consejo, que á la vez que comprometía su seriedad, daba márgen á que se dudase, no sin motivo, de su imparcialidad.

8º En el escrito de demanda á que contesto, se desconoce en el Ejecutivo la facultad de hacer concesiones de agua en el río, reclamándose dicha facultad como atribución constitucional de la Municipalidad. Entretanto en la citada nota, lejos de ponerse en duda siquiera, ni de hacerse la más leve reserva, acerca de las facultades del Ejecutivo en la materia de que se trata, reconocía implícitamente la validez de la concesión, por el hecho mismo de solicitar su revocación.

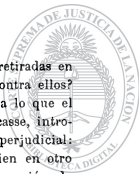
Si el Consejo estaba persuadido de que era atribución de la Municipalidad hacer concesiones de agua en el río, y si entendía, como ahora manifiesta creerlo, que el Gobierno, había verificado una nueva concesión á los Ducasse, debía, es claro, considerar abusivo este acto é invadidas sus atribuciones.

¿Cómo no las reclamaba, pues, formando competencia? ¿Por qué toleraba el que se le privase y despojara de sus prerogativas constitucionales? ¿Cómo no advertía que reconocer en aquel derechos que no le correspondían, importaba en realidad abdicar indebidamente los suyos?

9. Si el Consejo comprendía que la concesión hecha por el Ejecutivo perjudicaba no solo sus atribuciones constitucionales, sino también derechos adquiridos al uso del agua, ya que no quisiese defender su jurisdicción, para salvar éstos no tenía otro camino legal, que ocurrir á los tribunales, á fin de que la dejasen sin efecto; pero pretender que el Gobierno la revocase, era sentar un precedente funesto.

En efecto, señor Juez, ¿son acaso revocables *ad nuptum* tales concesiones? ¿Puede admitirse jamás, el que de otro modo que por una nueva reglamentación ó por una medida general, se revoquen ó se restrinjan las concesiones de agua? ¿Qué garantías tendrían entónces los particulares, y á cuantas vejaciones no quedarían expuestos, una vez admitido





que las concesiones que disfrutaban, puedan ser retiradas en cualquier tiempo, por una disposición especial contra ellos?

Esto mismo sin embargo, y no otra cosa, era lo que el Consejo solicitaba del Ejecutivo contra los Ducasse, introduciendo así la práctica más abusiva y más perjudicial: de suerte que mientras el doctor Paez, con quien en otro sentido está de acuerdo, sostiene que una concesión de agua, importa un derecho adquirido, que forma parte del patrimonio privado, el Consejo acepta, sin embargo, que esté dependiendo siempre de un úkase del Ejecutivo, que pueda revocarla cuando bien le parezca, ó en cualquier momento de mal humor.

10. En la precitada nota al Ejecutivo no se aducía, ni se insinuaba siquiera otra consideración en oposición á la concesión, que la de la escasez del agua que necesita el Municipio: nada más contenía tampoco el informe adjunto del ingeniero á este respecto, y el Gobierno comprendió también que aquella era la única dificultad, según se advierte por los términos de su resolución salvando ese inconveniente.

Conviene notar esta circunstancia para observar en que orden se han ido produciendo, las razones que ahora se invocan como fundamento de la oposición: destruida la primera con la declaración del Ejecutivo, de que en casos de escasez, podría hacerse cesar ó restringirse el uso del agua de parte de los Ducasse; y no dándose por satisfecho aun el Consejo, solicitó en consecuencia dictamen al abogado consultor quién, en el que expidió con fecha 2 de mayo, agregó que la administración Municipal se compliacaba también por la concesión, haciéndose necesarios más empleados.

11. Dejo para otro lugar las reflexiones que sugiere una causal semejante, que á trueque de no abandonar la simplicidad patriarcal en que vivieron nuestros antepasados y de no cambiar los hábitos coloniales de inercia, condenaría irremisiblemente todo progreso por las complica-



ciones que traería de un modo inevitable, á la administración municipal.

Aquí solo me propongo hacer observar que todavía el abogado consultor no se animaba en el referido dictamen á afirmar que la obra de los Ducasse fuese dañosa al municipio, aunque manifestaba que en caso de que pudiera serlo, el Consejo debía y tenía derecho para estorbarla.

Al pie de este dictamen puramente hipotético y condicional, que cuando más ilustraba al Consejo acerca de sus atribuciones, tan dudosas que éste no se ha animado á usar de ellas, proveyó, sin embargo, que se tuviese por resolución, la cual se comunicó á mis representados.

¿Qué importaba, pues, esta notificación á los Ducasse? ¿Era una lección de Derecho Constitucional? Cuando aquellos quisiesen tomarlas, tendrían al menos libertad de elegir la escuela á que concurrirían. ¿Que el Consejo se creía con atribuciones para estorbar por sí mismo la obra, si llegase á considerarla perjudicial?

Esto sonaba seguramente; pero la verdad parece ser no obstante, que los señores del Consejo jamás lo han creído así, pues aun llegado el caso de haber declarado aquella dañosa, se han guardado bien de ejercer tales atribuciones.

13. ¿La medida era, pues, *ad terrorem*? Así lo comprendieron al menos mis representados, quienes llegando á persuadirse, de que se les trataba de intimidar con una resolución que nada significaba, pidieron se les declarase positivamente, si ella importaba la revocación de la concesión del Gobierno, ó bien una orden de suspender los trabajos; y respondiéndoseles que nó, continuaron en ellos, dejando que dichos señores se atribuyesen cuantas facultades quisieran, mientras no intentasen ejercerlas en perjuicio suyo.

No habiendo bastado pues para interrumpir el trabajo, la notificación á mis representados de tan original resolución, se hacía necesario el empleo de otros medios; y se encargó preparar un nuevo informe al ingeniero munici-

pal, para que sirviese de base á la resolución definitiva; y en efecto fué expedido.

En este informe que examinaré en seguida, á la disminución del agua, se agregaba la complicación de la administración; y á una y otra cosa se reunía ya, una nueva idea, el daño directo que los trabajos de mis representados producirían en la toma municipal; de manera que las razones de la oposición á dichos trabajos no han nacido juntas desde el principio, sinó que han ido produciéndose sucesivamente, la mayor parte con posterioridad al reclamo elevado ante el Gobierno.

En la nota que examino, señor Juez, del Consejo al Ejecutivo, fecha 29 de marzo, manifiesta que había tenido graves denuncias, sobre los trabajos que se practicaban en el río, guardándose muy bien por cierto de decir, que estas provenían originariamente, de un molinero competidor de los Ducasse é interesado en el asunto, como resulta de la demanda del mismo doctor Paez.

¿Qué contenían tales denuncias? Que los Ducasse construían *un canal de riego* arriba de la toma municipal. Ahora bien, esto importaba una inexactitud y una absoluta falsedad, porque mis representados apesar de que les asistiría derecho para hacerlo, jamás se han propuesto regar con el canal que construyen, lo cual invertiría sin duda mayor cantidad de agua, pudiendo cambiar completamente el aspecto de la cuestión.

¿Quién inventó esa falsedad en daño de los Ducasse? ¿El doctor Paez quizá? No podemos creer de él un hecho tan desdoroso, un medio tan reprobado. ¿Quién fué, pues, repito, el inventor de esta calumnia? No lo sabemos, pero aparece por el tenor mismo de la referida nota, que el ingeniero municipal informó ratificando tales denuncias.

Ahora bien, pregunto yo, ¿Con qué antecedentes, ni con qué datos, á ser esto cierto, dicho funcionario pudo ratificar una falsedad semejante? El empleado que así procede ¿carece acaso de responsabilidad? Y adviértase que no sería





esta la única grave inexactitud que contienen sus informes, pues en el que analizaremos muy luego, hallaremos otras varias no menos trascendentales, ni menos inexplicables.

15. Sin embargo, sea dicho en obsequio de la verdad, en el informe de 26 de marzo á que se referia la nota del Consejo, no se encuentra tal cosa, de que el nuevo canal de los Ducasse fuese de regadio; y por el contrario, se dice ser construído con el objeto de emplear el agua solamente como motor del molino.

Apesar de esto lo considera más perjudicial que la toma del señor Dominguez, respecto á la cual aconseja no darse por entendido, porque aunque el agua se destina á regar terrenos en el Pueblito, juzgando piadosamente debe suponerse. ¡Qué despropósito! que dicho señor devolverá el sobrante al rio, más arriba de la toma municipal. ¿Y el acuerdo de 1796?

Dice también que á juzgarse por la magnitud de la acequia que construyen mis representados, se puede suponer que en tiempo de escasez, levanten toda el agua de rio: exageración ridícula y absurda, (no menos que la esperanza de que el señor Dominguez devuelva desde el Pueblito el agua que lleve, y que puesta allí le habrá costado un sentido); porque ni la municipalidad lo toleraria, ni la compuerta nueva es mayor siquiera que la antigua.

16. Veamos ahora el mérito del precitado nuevo informe, que según dijimos se mandó confeccionar al ingeniero, para servir de base á la resolución final del Consejo, el cual informe lleva la fecha de 22 de junio. No voy á ocuparme en este lugar de impugnar su contenido ó refutar sus conclusiones; porque habiéndolo tomado por base de sus razonamientos en el escrito que contesto, el Presidente del Consejo, al responderle tendré ocasión de ocuparme de aquel más detalladamente.

Además U. S. encontrará adjunto un extenso, erudito y fundado estudio de los hechos concernientes á la cuestión



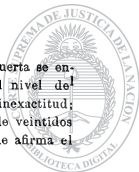
practicado por el distinguido miembro del Departamento Topográfico, don Parmenio Ferrer, el cual pone de manifiesto, todos los errores cometidos por el ingeniero municipal en su mencionado informe.

Yo solamente voy á hacer notar ahora, las inexactitudes garrafales y falsedades fundamentales, resaltantes, á la simple vista y opuestas al sentido común; porque si en cosas de este género el documento en cuestión no es otra cosa que un cúmulo de inepticias, él habrá perdido necesariamente toda autoridad. ¿Qué se podría pensar en efecto de la parte técnica ó científica, si en lo que todos alcanzamos resulta completamente equivocado?

17. Asegura el ingeniero que los Ducasse no alzarán por su toma, menor cantidad de agua sin dique, que con él. He aquí, señor Juez, un nuevo y estupendo descubrimiento: los diques en nada favorecen á las tomas, ni contribuyen á mejorarlas. ¿Por qué, pues, la Municipalidad, el doctor Paez y cuantos quieren sacar agua por acequias, sostienen sus diques aún á costa de grandes sacrificios?

Y si todos los que quieren alzar agua, necesitan dique ¿por qué no sucederá lo mismo respecto de los Ducasse? Será que la Hidráulica les haya concedido algún privilegio con relación á sus leyes, las cuales no sean absolutas? ¿Por qué se les consideraría sujetos á diversas reglas, siendo realizable para ellos, lo que á ningún otro le es posible? ó si esto no es así ¿bajo qué antecedente asegura dicho ingeniero que los Ducasse no alzarían menor cantidad de agua sin dique, que con él?

18. Niega que con la prolongación de la acequia por el trabajo que han emprendido, ganen altura realmente. Entre tanto, sin necesidad de nivelación alguna y á la simple vista no más, se advierte sensiblemente en la prolongación de aquella, que el terreno se vá elevando sin interrupción; de suerte que donde termina el trabajo, es un metro y ochenta centímetros más elevado que donde empieza.



19. Dice que el umbral de la nueva compuerta se encuentra colocado un metro más abajo que el nivel del río, lo cual es una muy grave y trascendental inexactitud; pues que la diferencia del nivel es apenas de veintidos centímetros, esto es, la quinta parte de lo que afirma el ingeniero.

20. Asegura en fin que el trabajo de los Ducasse en su acequia, no es la mera prolongación de la antigua, sino que toda ella ha sido construida recientemente de nuevo! Esto también, es una otra falsedad; pues está de manifiesto que no se ha hecho más que prolongar la antigua acequia, de la cual se utiliza una gran parte, especialmente la compuerta interior, que se conserva subsistente sin haber sido tocada para nada.

21. Ahora bien ¿cómo es que el ingeniero municipal se atreve á tergiversar así, y falsificar los hechos que están á la vista de todo el mundo, cuando para desmentirlo bastaría aproximarse y examinar los trabajos? ¿Cómo incurre en tales inexactitudes que no admiten disculpa de ningún género?

Tales son, señor Juez, los recaudos con que el Presidente del Consejo Ejecutivo de la Municipalidad ha instruido su demanda: la serie de irregularidades que en ellos se nota, los multiplicados errores y equivocaciones que contienen, desde luego están presagiando, que aquella no puede dejar de ser descaminada: así sucede efectivamente, y no me será difícil demostrarlo.

Nos queda solo por examinar en esta parte, el acuerdo del antiguo Cabildo en 1796 provocado, según se dice, por una orden del Gobernador Intendente, para que no se hicieran nuevas concesiones de agua en el río, en razón de considerarse completamente exhausto: otro que se supone haber prohibido sobre el mismo, cualquier toma fuera de la de S. Cristóbal; y en fin, un tercero, prohibiendo también la construcción de diques en el río.

23. La orden que menciona emanada del Gobierno en



la época colonial, para que no se hicieran nuevas concesiones de agua, solo puede servir para probar la equivocación en que incurre el Presidente del Consejo, al sostener que la facultad de hacer tales concesiones, ó sea el reparto de agua en el rio, correspondía en aquella época originariamente, y por derecho propio, al Cabildo ó Municipalidad.

Esa orden demostraría en efecto lo que por otra parte es indudable, que esto no era así y que antes bien, si algunas veces el Cabildo hizo tales concesiones, solo procedía en eso por delegación y sujeto á las órdenes de los Gobernadores, en quienes residía propiamente aquella facultad; y que infinitas veces usaron de ella por sí mismos sin consulta alguna del Cabildo, y aún á pesar de su oposición.

24. Ese acuerdo, si hubiese existido en los términos que se refiere, se hallaría al presente totalmente anticuado y caduco; pues ya consista en haber sido ignorado, ó bien en que resultase absurdo, jamás él ha estado en vigencia; pues aún despues de 1796, han continuado verificándose nuevas concesiones de agua en el rio, de manera que la mayor parte de las que existen hoy, es sin duda alguna posterior.

Una de ellas fué la que el mismo Gobernador Sobremonte, á quien se atribuye la orden mencionada, verificó á favor de Urizar, no obstante la oposición del Cabildo; que por lo que respecta á los tiempos subsiguientes á la Independencia, son muchas las tomas abiertas y las concesiones hechas sin oposición de nadie.

En todo caso, aquel acuerdo habría sido derogado por la ley provincial de 16 de Agosto de 1869, que al declarar público el uso de las aguas de todos los rios, permitía ciertamente hacer concesiones de ellas á los particulares.

25. Por lo demás aunque esto no fuera así, y aunque admitiésemos además la vigencia de los acuerdos del antiguo Cabildo, que por no regir hoy día, no se han incluido en el Digesto Municipal, el que nos ocupa en nada pudiera perju-



dicar los derechos de mis representados, como lo haré ver en seguida: pues no se trata en manera alguna de nueva concesión de agua.

No se comprende como podría conciliarse este acuerdo, que al prescribir que no se hicieran nuevas concesiones de agua, respetaría y dejaría subsistentes las verificadas anteriormente, con el de que no se permitiese sobre el río, otra toma que la del S. Cristóbal, lo cual vendría á revocarlas.

Esto último, señor Juez, no es exacto en manera alguna; pues en el contrato del Cabildo con el ingeniero don Juan Manuel Lopez, celebrado el 2 de Febrero de 1785, para la construcción de la acequia, al estipularse que no se permitirían nuevas tomas, se mencionan como existentes y se exceptúan expresamente, la del molino de la Calera, la del de Hormaeche, la de los Beletmitas, la del mismo Lopez muy recientemente establecida, etc.

En fin, contra el supuesto acuerdo de que no se permitiese la construcción de diques, del cual sería necesario comunicar traslado al doctor Paez, tenemos el artículo 36 título *restric. y limit. al dom*, C. C. que permite hacerlos hasta la mitad del río, en el hecho mismo de prohibirlos solamente atravesándolo todo.

26. Decía, señor Juez, que aún supuesta la vigencia del acuerdo de 1796 que se invoca como principal fundamento de la demanda, prohibiendo hacerse nuevas concesiones de agua en el río, de ningún modo perjudicaría á mis representados: esto por muchas razones, y sobre todo porque no hay nueva concesión de agua en ningún sentido.

La concesión de que el molino de los Ducasse deriva sus derechos de agua, es la merced de Adaro que tengo presentada en los autos seguidos con el doctor Paez, otorgada en la Rioja á 4 de Marzo de 1672, por el Gobernador don Angel de Peredo, y anterior de consiguiente en más de un siglo, al precitado acuerdo prohibiendo nuevas concesiones.





Además, este derecho fué reconocido con la calidad de poderse sacar el agua antes ó despues de la toma municipal, el mismo año de 1796 por el Gobernador Marqués de Sobremonte, en juicio contradictorio con el Cabildo precisamente, de parte de don Nicolás Cabrera, antecesor de los Ducasse, según se menciona en los autos que tengo exhibidos también, del año 19 entre el Colegio de Huérfanas y doña Tomasa Allende.

En fin, no es exacto, como lo supone equivocadamente el Presidente del Consejo en su demanda, que el permiso del Ejecutivo á los Ducasse para cambiar su toma, estableciéndola más arriba, importe en realidad nueva concesión de agua, que ni se ha pedido ni se ha otorgado tampoco, mucho menos, cuando ese permiso lleva expresamente, la condición de respetar los derechos existentes.

28. Termina el Presidente del Consejo esta parte de su escrito, planteando á su modo la cuestión en las siguientes preguntas: los Ducasse estorbados en su negocio por la escasez de agua, ¿tienen derecho á subir su toma más arriba que la de la Municipalidad? Desde que han obtenido el competente permiso, y solo tratan de suplir la escasez de agua, utilizando mejor la que les corresponde, con traerla de mayor altura, es incuestionable ese derecho.

¿Lo tienen también con perjuicio de tercero? No, ciertamente; pero en esto no cabe tal perjuicio, ni la Municipalidad lo ha de comprobar jamás. ¿Pueden en fin, imponerle un servicio más complicado? Mis representados nada le imponen, pero el progreso de suyo complica la administración. ¿Tiene derecho de impedirlo la Municipalidad por no molestarse?

## II

§ 29. Pasamos á la segunda parte del escrito que contes-to, los supuestos perjuicios al Municipio, por los trabajos de mis representados.

En ella el Presidente del Concejo no hace otra cosa,



que reproducir las apreciaciones contenidas en el informe del Ingeniero municipal: anticipadamente hemos examinado tan clásico documento, y observado la completa inexactitud de los hechos que le sirven de fundamento; partiendo pues de estos aquellas apreciaciones, es forzoso que resulten también de todo punto equivocadas.

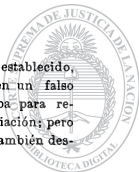
Así, cuando se establece que por consecuencia de la nueva toma, una parte del cauce del río se ha de ahondar mucho en dirección de la acequia, adquiriendo después aquel una tendencia constante á inclinarse hácia esa márgen, esto se funda en el supuesto de que la nueva compuerta se encuentra colocada á un metro más abajo del fondo del río: no siendo, pues, eso cierto, porque la diferencia de nivel apenas alcanza á veinte y dos centímetros, tampoco puede ser, lo que de aquí intentaba deducirse.

¿Acaso las demás tomas existentes en el río no son también más bajas que el fondo del mismo? ¿En cuál de ellas ha sucedido, sin embargo, que altere la corriente del río, inclinándola hácia la margen en que se hallaba situada? Respecto á la de la Municipalidad y á la del Dr. Paez, á pesar del dique con que se la procura forzar, se nota precisamente, que es á la banda opuesta donde hace más fuerza y donde lo rompe de ordinario.

¿Cómo es pues, que en la toma de los Ducasse, alterándose todas las leyes hidráulicas, sucederá lo contrario que en las demás? El informe del Sr. Ferrer explica de un modo tan científico, como claro y concluyente, que jamás puede suceder lo que erróneamente establece el Ingeniero Tourmente.

30. Otro de los daños que se hace notar recibirá el Municipio, consiste en que por consecuencia de lo dicho, que una parte del cauce del río se ha de ahondar, formándose en ella una corriente especial, esta depositará en su trayecto las arenas en suspensión, que pueden llegar á obstruir la toma de la acequia municipal.

Se reconoce que esta apreciación del Ingeniero Tourmente,



es solamente corolario de lo que antes dejaba establecido, que según hemos visto descansaba todo ello en un falso supuesto: rectificado éste, nada más se necesitaba para rechazar con sobrado fundamento la indicada apreciación; pero además ésta se destruye á sí misma, y resulta también desmentida por la experiencia.

En efecto, desde que según se establece, el movimiento y depósito de arenas en suspensión, ha de ser en dirección de la nueva corriente en todo su trayecto, que iría, según se supone, á la margen opuesta de la en que se encuentra la toma municipal, sería de ese lado donde se formasen los bancos ó depósitos de arena; y esto lejos de ser un perjuicio, refluiría en beneficio de dicha toma, pues desalojando el agua de la parte opuesta, la impulsaría á esta otra banda.

Si se consulta la experiencia y lo sucedido en las demás tomas, se hallará en efecto que en vez de arrojar la arena á la parte opuesta, es en ellas mismas que se forman bancos, continuando todavía el depósito de arena un poco más abajo, pero en igual dirección que hasta allí traía la corriente.

31. La observación, señor Juez, del perjuicio que los trabajos de mis representados pueden causar á la toma pública, no es seria, ni es tampoco el verdadero motivo de la cuestión. Me creo autorizado para afirmarlo; ya porque se manifiesta su inexactitud, cuanto porque habiendo ofrecido los Ducasse, como á V. S. le consta, garantizar no solamente la inmediata reparación de cualquier perjuicio, sinó también abandonar sus trabajos si algun daño resultaba; esta propuesta con todo no fué aceptada.

Si ese hubiese sido efectivamente el motivo del pleito, mediante la indicada propuesta, éste habría cesado inmediatamente; pues aquel quedaba desde luego sin objeto; y sin embargo, contra lo que debía esperarse esto no ha sucedido. Con todo no ha dejado de ser conveniente esa propuesta, en el sentido de poner de manifiesto la verdad.

32. Otro perjuicio al Municipio, que se alega por el Presidente del Consejo consiste en que, alzando los Ducasse



de más arriba de la acequia pública, el agua que antes tomaban de más abajo, la que aquella conduzca resultará disminuida en la misma cantidad que lleve la toma de mis representados.

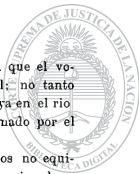
No parece, señor Juez, sino que el Ingeniero Municipal quisiese burlarse del buen sentido: desde luego, si se supusese que la acequia pública levanta toda el agua del río, la afirmación de Tourmente fuera exacta; pero siendo aquel supuesto evidentemente falso, no puede dejar de serlo igualmente tal aseveración.

Como es constante, la Municipalidad, para alzar el agua por su acequia, ha formado frente á la toma un gran depósito, por medio de un dique que atravieza todo el río, levantando así toda la cantidad que permite la capacidad de la acequia, la cual si algunas veces no lleva mucha, consiste en que casi siempre está medio cegada por el lodo que se adhiere al fondo, y por las arenas que arrastran las avenidas de los altos.

33. Es indudable además, que la Municipalidad jamás se ha propuesto alzar por su toma toda el agua del río; lo cual ni siquiera podría ser; teniendo que dejar alguna siempre, ya para los molinos que están más abajo, como para el público, pues los baños no empiezan sino más acá del establecimiento de los Ducasse.

Siendo, pues esto así, pregunto yo, ¿qué le importa al Municipio que el agua que de todas maneras se ha de dejar pasar de la toma municipal, rebose toda por encima del dique, ó salga en parte por la acequia de aquellos, desde que inmediatamente vuelve al río?

Habiéndose abierto en los últimos tiempos varias tomas en el Río Primero antes de llegar á la ciudad, jamás ha sucedido lo que supone el Ingeniero municipal, que debía suceder necesariamente, á saber, que la cantidad de agua que levantaba la acequia pública, haya disminuído en toda la que alzan esas tomas; y por el contrario, ni siquiera se ha notado diferencia sino en épocas de escasez.



34. Como está de manifiesto, esto consiste en que el volumen de agua, que lleva la acequia municipal; no tanto depende de la cantidad absoluta de agua que haya en el río cuanto de la que se reúne en el depósito formado por el dique.

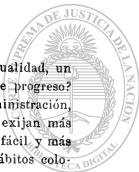
Ahora bien, la que tomarían mis representados no equivale siquiera á la cuarta parte de la que, de ordinario rebosa por sobre el dique, sin contar la que se infiltra, que es mucha más; de suerte que aquella no podría producir una diferencia sensible; y sobre todo, con reparar el dique, la Municipalidad puede alzar cuanta agua quiera.

Tan es así, señor Juez, que en el contrato sobre aguas corrientes, después de estipularse que el empresario reforzará el dique de la toma municipal, se calcula que entonces aun después de satisfechas todas las necesidades de la población, resultará un sobrante considerable, que se permite al mismo empresario utilizar.

35. Por lo demás es un aserto enteramente gratuito del Ingeniero Municipal, el de que ese contrato se haya celebrado en previsión de que, el agua iba á faltar pronto para las necesidades del Municipio; pues, por el contrario en aquel se supone expresamente, que una vez mejorado el dique, cosa que bien pudiera hacer por sí misma y sin dificultad la Municipalidad, sobraré del agua que se precisa.

La idea de las aguas corrientes es antigua, y nada tiene que ver con la abundancia ó escasez de la del río, siempre que por lo menos haya la suficiente. Así en Buenos Aires donde se cuenta con todo el caudal del Río de la Plata existe, sin embargo, una importantísima empresa de aguas corrientes.

36. El mayor perjuicio que en concepto del Ingeniero Tourmente vendría á la Municipalidad de la concesión á los Ducasse ú otras semejantes, sería haber de aumentar los empleados; necesitándose también más administración, vigilancia y trabajo, sobre lo cual exclama alarmado: «En mi opinión este modo de ser no es práctico y no puede existir.»



¡No, pues! ¿Cómo ha de ser posible en la actualidad, un modo de ser referente al estado de cultura y de progreso? ¿Cómo ha de ser práctica entre nosotros una administración, con mayor número de empleados, á quienes se exijan más laboriosidad y más contracción? ¿Qué cosa más fácil y más práctica que el estacionamiento, sin salir de los hábitos coloniales de apatía y de indolencia? Hay conceptos, señor Juez, que caracterizan todo un sistema.

Según el que propone el Ingeniero Tourmente, no debe permitirse á nadie sacar toma del rio excepto el Sr. Dominguez, pues es indudable que esto complicaría la administración, haría necesario mayor número de empleados, y exigiría mayor vigilancia. Poco importa, por lo demás, que toda la ribera del rio permanezca yerma, silenciosa y despoblada, sin agricultura, sin ingenios, sin industria. ¡Mejor! Por que no habiendo nada de eso, ni mucha población no se precisarían más vigilancia, ni más laboriosidad.

Según esto tampoco convendría en manera alguna, que creciendo nuestra ciudad, llegase á salir de las diez cuadras de largo por siete de ancho que le trazara el fundador; porque el día que tal suceda, se precisará extender el empedrado, veredas, alumbrado, servicio de agua, de serenos, etc., etc., en una palabra se habría complicado la administración, requiriéndose más empleados y más vigilancia: vale más ciertamente, que deteniéndose la vida y el desarrollo, permanezcamos siempre en 1573.

37. Yo no puedo ocultar á V. S. la dolorosa impresión que tan infeliz concepto me ha producido; mucho más al verlo aceptado como un programa por el Presidente del Consejo, quien haciéndolo suyo agrega: que ese modo de ser en que se requieran más empleados y mayor vigilancia, *no es juridico, no es justo, no es racional.*

¡No, pues! ¿Cómo ha de ser esto así? Lóndres y París, por ejemplo, donde seguramente la Administración es complicada, no viven por cierto en un estado jurídico. ¿Por qué se han de exigir de la autoridad los sacrificios que impongan



las nuevas necesidades del progreso? Vale más suprimir todo desarrollo. ¿Cómo ha de ser justo que el niño á medida que va creciendo, inutilice por cortos los vestidos, y que el padre tenga que darle otros nuevos y más largos?

38. Séame lícito transcribir lo que á este propósito decía yo mismo al doctor Paez en la contestación á su demanda; porque más ó menos enunciaba idénticos conceptos.

«A medida que una población crece, se desarrolla y progresa, se aumenta también su actividad: los negocios se multiplican; los intereses se cruzan, las relaciones sociales se complican, se requieren nuevas leyes, se hacen indispensables más reglamentos, y se necesita mejor administración. ¿Hemos de renegar por esto del progreso? ¿Hemos de impedir el desarrollo de la sociedad?

«No, seguramente: eso no sería razonable, no es tampoco este el espíritu, ni la tendencia de nuestras instituciones calculadas para promover y estimular el progreso en todo sentido, apesar de los inconvenientes inevitables que acarrea.

«En la materia que nos ocupa especialmente, la de aguas aplicables á la agricultura y á la industria, ¿pudo ocultarse jamás al Legislador, que declarando públicas todas las que corren por cauces naturales, serían muchos los que la aprovecharían, y que de esta circunstancia nacerían indispensablemente relaciones complicadas de derecho y dificultades para la Administración? Por cierto que no; pero prefirió con todo, el progreso á la sencillez é inercia de los hábitos coloniales.»

39. Otro perjuicio que se supone en la demanda que contesto, recibiría la Municipalidad con la realización de la nueva toma de los Ducasse, se hace consistir en la calidad de inferior que aquella aceptaría: este argumento no es sinó la reproducción de un error cometido por el Dr. Paez, el cual suponía equivocadamente ser mejor el derecho de los ribeños superiores y peor el de los inferiores.

Ya he contestado y voy á reproducir aquí lo que sobre esta objeción dije al Dr. Paez: tratándose de un particular esto



podría tener cierta apariencia; pero no así respecto á la Municipalidad, cuyos derechos preferentes al uso del agua le están inconcusamente reconocidos, y nadie le disputa; hallándose armada además, de la facultad de hacer cerrar las compuertas, ó restringir su ejercicio por sí misma, toda vez que necesite el agua, porque llegue á escasear para el servicio de la población.

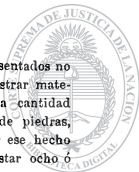
40. He aquí lo que sobre el punto indicado decía yo al Dr. Paez. «Esta doctrina es completamente equivocada; pues el derecho de un ribereño inferior no es en manera alguna de peor condición, que el del que se encuentra situado más arriba; lo cual es un mero accidente que nada influye; y aún puede muy bien suceder por muchas causas y diversos títulos, que á la vez resulte preferente al del ribereño superior, el derecho del que se haya colocado más abajo.

«Se esceptúa quizá aquel, en cuyos terrenos nazca la corriente, mientras no salga de ellos; pero fuera de este caso, el hecho sólo de atravesar ó tocar otros terrenos, no confiere en ella derecho alguno, á los dueños ribereños inferiores ó superiores, los unos respecto de los otros, artículo 37, título «6º, Libro 3º, C. C.» No nos repita, pues, el Presidente del Concejo que tolerando la nueva toma de los Ducasse, la Municipalidad aceptaría la calidad de inferior; porque en Jurisprudencia no es inferior el que disfruta mejor derecho.

41. Supone como el Dr. Paez, el Presidente del Concejo, que los trabajos de los Ducasse, para cambiar su toma, no pueden tener por objeto solamente ganar altura, y aprovechar mejor el agua que les corresponde; sinó también el de aumentar la que ahora poseen; porque de otro modo no habría proporción alguna, entre los gastos que aquellos trabajos ocasionan, y la utilidad que se podría reportar.

Esta consideración, agrega, adquiere más peso, si se reflexiona que á los Ducasse no les conviene dar más desarrollo á su establecimiento, que tiene ya el que necesita; habiendo tantos molinos; y cuando acaba de fracasar la empresa del que se fundó á vapor.





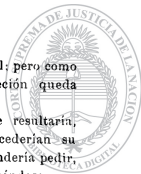
42. La importancia del proyecto de mis representados no es cuestionable siquiera; porque se puede demostrar matemáticamente que una vez realizado, con la misma cantidad de agua moverán en lugar de uno, dos juegos de piedras, es decir, que su establecimiento adquirirá por ese hecho doble utilidad, y esto bien vale la pena de gastar ocho ó diez mil pesos para conseguirlo.

No debe arredrarles el que haya muchos molinos, desde que ellos han sabido acreditar el suyo, en términos, que es reputado por uno de los mejores; y de que realizada la modificación de que se trata, sería indisputablemente el mejor de todos; lo cual como es consiguiente, le atraerá la mayor concurrencia; mucho más con la ventaja de poder despachar con prontitud, cualquier cantidad de trigo que se traiga á moler.

43. El fracaso del molino á vapor, lejos de desanimarlos debe alentarlos más y más, pues ha venido á poner de manifiesto que el motor artificial siendo caro, no puede competir con otro natural y gratuito, como el agua, que es el que ellos emplean: de suerte que si alguna vez pudieron temer la competencia de aquel establecimiento, hoy se han asegurado de que por esta parte, nada tienen que recelar.

Hé aquí pues sencillamente expuesto el fenómeno económico, que tanto ha llamado la atención del Presidente del Concejo, sin acertar á explicarlo; lejos de amedrentar á los Ducasse el fracaso del molino á vapor, es precisamente lo que más ha debido estimularlos á dar mayor ensanche al suyo, como en efecto ha sucedido; por cuanto puede decirse con verdad, que aqnel ha quedado sin rival.

44. Pretende también, al parecer, el demandante que la nueva toma es construída, como para llevar más agua de la que antes se alzaba, é intenta demostrarlo observando la velocidad que esta ha de tener, atendido el desnivel con que se encuentra colocado el umbral: la observación es inexacta: está fundada en la diferencia de un metro en



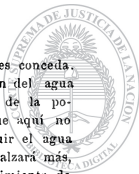
el nivel que le atribuía el Ingeniero Municipal; pero como este dato es de todo punto falso, aquella objeción queda sin base.

Demos que fuera exacta, señor Juez, lo que resultaría, sería que mis representados al ejecutarla, excederían su concesión; pero aún en este caso solo correspondería pedir, que se redujesen á los términos debidos, graduándose por peritos la capacidad de la compuerta en consideración á la velocidad de la corriente, de suerte que no fuese posible tomar mayor cantidad de agua que antes; más de ninguna suerte se podría concluir que se debiese impedir absolutamente el trabajo.

El señor Ferrer hace ver con mejores datos lo infundado de la indicada insinuación, de que la nueva toma esté calculada, para alzar mayor cantidad de agua que llevaba la antigua: porque si bien aquella está colocada cuatro centímetros más baja, en cambio viene á quedar perpendicular al curso de la corriente, cuando la toma antigua se encuentra situada en dirección á la misma, y la tendencia de las aguas le favorece.

45. Otra objeción bastante original se hace contra la concesión á los Ducasse: si esta se admite, ¿por qué se negarían otras iguales á los demás que las pretendiesen? A la banda Norte del río, no hay propietario alguno que teniendo hoy toma más abajo, pudiera sacarla aunque se le permitiese, de más arriba de la toma pública. A la banda Sud á nadie se podría permitir, porque inutilizaría la acequia municipal, la cual tendría que cortar necesariamente.

La igualdad, dice el Presidente del Concejo es la base de la ley civil y constitucional: es cierto; pero la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente condiciones desiguales. La igualdad no excluye, sino se toma en un sentido socialista, el que haya propietarios y proletarios; no exige que á todos aquellos se hagan concesiones de agua aunque no la haya, ni impide tampoco el que



no alcanzando para todos, solo á algunos se les conceda.

46. Se menciona muchas veces la disminución del agua del río, y el acrecimiento de las necesidades de la población. Hemos repetido hasta el fastidio, que aquí no se trata de nueva concesión, que pueda disminuir el agua del río: pues por la toma en cuestión no se alzará más, que la que hasta hoy ha disfrutado el establecimiento de los Ducasse.

Si el agua del río ha disminuido, es á causa de que se han abierto nuevas tomas, ¿por qué no se ha opuesto la Municipalidad? ¿Por qué se opone solamente á la de mis representados que no producirá ese efecto? ¿Dónde está pues en semejante proceder, la igualdad, base de nuestra ley civil y constitucional? ¿Sería compatible la igualdad con perseguir judicialmente á mis representados, haciéndose al mismo tiempo, la vista gorda con el señor Dominquez?

47. Entre las necesidades de la población se comprende segun los cálculos de la demanda, el agua que se concede para jardines de recreo; se cuenta también la que se subministra á las barracas y curtiembres, que por razones de higiene, en vez de fomentar convendría espulsar de la ciudad; y se olvida la que se precisa para moler el trigo, tener harina y hacer pan, ¡aberraciones inexplicables! ¿Cuántos estómagos podrían digerir el trigo entero?

¿Que tiene demasiados compromisos la Municipalidad! ¿Para qué los ha contraído imprudentemente? ¿Que no podría hacer nuevas concesiones! ¿Y por qué las habría de verificar, olvidando antiguos y útiles establecimientos que siempre han disfrutado el agua? No se comprende en realidad.

48. Según las ideas que se manifiestan en el escrito que contesto, el plan que habría de seguirse consistiría en echar, si se pudiese, por la acequia municipal todo el río: hacer concesiones el Concejo á todo el que se las solicitase á él, impidiendo al mismo tiempo que el Gobierno pueda acor-



darlas á ningún ribereño; pues estos ní son ciudadanos ni tienen derechos.

Con tal que el agua venga al lago municipal, no cabe despilfarro ni se admite su posibilidad: todas las aplicaciones que se hagan serán útiles y provechosas; desde que el agua se haya de levantar del mismo río, no hay industria alguna digna de consideración, aunque se trate de sembrar trigo, ó de molerlo para tener pan, el alimento más indispensable. ¡Vaya una teoría racional! ¡Vaya con el sistema económico inventado por el Concejo!

49. Hay épocas, se dice en la demanda, en que no alcanza á reponerse de noche en el depósito, el agua que se consume de día: esto ¿qué quiere decir? Que en proporción de la que entra se consume algunas veces demasiada; pero no prueba seguramente que toda ella sea bien distribuída y convenientemente aplicada.

¿Y cuáles son las épocas del año en que llega á suceder lo que se expone? En el verano: precisamente, cuando el agua abunda en el río, pero unas veces que se descompone la toma, otras que se cierra la compuerta por las crecientes, ó que la acequia está cegada, cuando debía haber más agua en el lago, sucede al contrario que escasea; y se quiere impedir por esto á los propietarios que continúen usando de sus más legítimos derechos.

50. ¿Cómo se compone la exajerada escasez de agua que tan repetidamente se alega en la demanda, con el cálculo constatado en el contrato, sobre aguas corrientes, de que satisfechas las necesidades de la población, y aún extendiéndose el servicio, del modo que en él se prescribe, resultará un sobrante considerable de agua, que se deja á beneficio del empresario?

Tan pronto se supone que se puede disponer de un excedente de agua considerable; como se nos da á entender que la escasez es tal, que no sería difícil que, andando el tiempo, llegue á devorarnos la sed á los habitantes de la ciudad.



51. Ya se han formado proyectos, se dice en la demanda, para derivar hácia esta capital corrientes de agua importantes: eso es, lo que hay que realizar, y no privar á la agricultura y la industria del elemento más indispensable.

En los confines de la Provincia existe un rio tan caudaloso como el Primero, llamado de San Guillermo, que hoy se pierde casi todo en las Salinas, y que quizá con poco trabajo, en un trayecto como de media legua, se podría hacer correr por esta parte, hasta reunirse con el nuestro. Averígüelo el Presidente del Concejo; pues vale la pena, en vez de promover pleitos inútiles y sin objeto.

52. A pesar, señor Juez, de las exageraciones de la demanda sobre la escasez de agua, recuerda el demandante que hay tiempos de crecientes, en que existe en el rio abundancia de agua, y se propone él mismo esta objeción; «Las crecientes pueden ser utilizadas; y en épocas de abundancia sería original privar *porque sí, de un bien.*» La objeción es bastante fuerte: merecía por la importancia de la materia que le diera solución, y yo la esperaba con interés, pero en vez de esto se escapa por la tanjente, sale con una cosa muy diversa, y deja en pié toda la dificultad.

Apenas podía plantearse un problema más interesante para nosotros, que el del sistema que deba adoptarse, en las concesiones de agua para el riego y las necesidades de la industria, dado que por el clima y demás condiciones físicas de esta Provincia, la agricultura es imposible en ella sin el riego artificial. (De Moussy Descripción de la Confederación Argentina, tomo 3º, pág. 181).

Nuestros ríos son muy escasos en invierno, y para esta época sobre el de la capital, no pueden seguramente hacerse nuevas concesiones de agua; sin embargo, todos ellos son abundantes en el verano, y por lo menos aumentan entonces ocho veces su volumen (Burmeister, Descripción Física de la República Argentina, tomo primero, página 299): por tanto, impedir en estas circunstancias el



que las aguas se aprovechen, sería en verdad desatinado.

53. ¿Qué debe hacerse, pues? ¿Cuál es el plan que se haya de seguir? Negar toda nueva concesión atendida la escasez del invierno, es lo que aconseja el ingeniero Municipal; pero es también el mayor absurdo: porque impediría todo progreso: multiplicarlas indefinidamente en consideración á la abundancia del verano, no sería prudente, en razón de que resultarían muchas veces irrealizables.

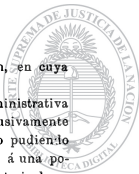
Ambas cosas son extremos de que se debe huir; ambos sistemas son erróneos; el buen sentido de acuerdo con los consejos de la ciencia, está indicando la verdadera solución: conviene hacer todavía muchas más concesiones, pero condicionales; se ha de permitir un uso más extenso y más franco del agua en el verano: debe necesariamente restringirse y limitarse en el invierno, de tal manera que ni se desperdicie agua alguna, ni se produzcan tampoco conflictos.

54. Esto no agrada seguramente, á los que no quieren que la administración se complique, por el mayor número de empleados y la necesidad de más vigilancia: exclamará alguien que ese modo de ser no es práctico y no puede existir; agregará otro que tampoco es jurídico, justo ni racional; pero á pesar de todo, será el único medio de conciliar el respeto á los derechos existentes, con las exigencias del progreso, de la industria y el desarrollo de la agricultura.

Demos aquí por terminado el exámen de la segunda parte del escrito que contesto, perjuicios al Municipio por la obra denunciada; y ocupémonos de la tercera sobre las atribuciones que reclama el Presidente del Concejo, para verificar las concesiones de agua en el río Suquia ó de San Juan.

### III

§ 55. El Presidente del Concejo al tratar esta materia, en el propósito de comprobar la tesis que se propone, empieza recordando los antecedentes del régimen municipal, y los principios en que se encuentra basado; determina en general sus objetos, y despues de encarecer su importancia, ob-



serva que él ha sido aceptado en la Constitución, en cuya virtud ha quedado establecido.

En ésta se declara, en efecto, que la parte administrativa y económica de cada Departamento, correrá exclusivamente á cargo de su respectiva Municipalidad; y no pudiendo dudarse por lo demás, el que la provisión de agua á una población entre por mucho en su economía, ó sea materia de su administración, desde que afecta no solamente su bienestar y desarrollo, sino también las más urgentes necesidades, concluye de aquí que aquella materia corresponde indispensablemente á la autoridad municipal.

Por si no fuese considerada como demostración suficiente de esta doctrina, una deducción sacada de principios generales, aunque á la verdad incontrovertibles, se encuentra todavía que al enumerar de un modo específico el art. 152 de la C. P. las atribuciones del Concejo Ejecutor de la Municipalidad, comprende entre ellas de un modo expreso, *la de cuidar del servicio de aguas*.

56. En concepto del Presidente del Concejo *cuidar del servicio de aguas*, equivale á distribuir las y repartirlas, ó lo que es lo mismo, hacer concesiones de agua: de consiguiente, todas las del Río Primero y por igual razón las del Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto están declaradas municipales por el citado artículo constitucional, al menos si se le ha de dar el sentido que se le atribuye en la demanda.

Esto es andar demasiado ligero, señor Juez, sin reparar en los estorbos, ni en las dificultades del camino: si es innegable que la provisión de agua á las poblaciones afecta directamente su economía, conservación y prosperidad, tampoco puede desconocerse en manera alguna, la relación que tiene con los intereses generales del Estado, la aplicación de aquella á la agricultura ó la industria; y que bajo este aspecto sea también para él materia administrativa.

Encargar pues, á la Municipalidad el servicio de agua de una localidad, de ningún modo importa declarar municipales los ríos, ni ponerlos exclusivamente á su disposición, á fin



de que ella sea la que verifique las concesiones de agua, ó por el contrario niegue el permiso para deribarla de sus cauces naturales; porque sería sacarla de su esfera de acción limitada, encomendándole los más altos intereses del Estado.

57. Lo que ha ocasionado, según parece, tan grave equivocación en el Concejo, es el haber encontrado en los libros del antiguo Cabildo que de ordinario ó las más veces, era ese cuerpo quien concedía ó negaba el permiso para sacar acequias del río, hacía su policía y proveía de agua á la ciudad, celebrando al efecto los contratos necesarios ó convenientes.

Este hecho histórico, cierto pero mal apreciado, é interpretado sin crítica ni filosofía, por carecer de los datos que deben explicarlo, es lo que ha persuadido al Concejo que desde la época de la Colonia, ha sido atribución originaria y propia del Cabildo, conceder el agua del río, debiendo serlo también ahora mismo de la Municipalidad; pues que sin duda la Constitución al encomendarle el servicio de agua, no hacía más que consagrar el antiguo orden de cosas á este respecto.

58. Si es exacto que el antiguo Cabildo concedía solares y distribuía á veces el agua, no se ha de deducir de esto que procediese en uso de facultades propias y originariamente suyas; porque muy bien podía ser, como sucedía efectivamente, que obrase por virtud de delegación del Gobierno con ciertas reglas ó restricciones, bajo su inspección; y sin que esto obstase tampoco, á que por sí mismos los Gobernadores concediesen también tierras y aguas, según lo prueban las infinitas mercedes que se conocen, entre otras la ya citada de Adaro en 4 de Marzo de 1672.

Algo subsiste todavía como tradición; y así es que debe explicarse la policía en el río que aún conserva la Municipalidad, con el derecho de hacer cerrar temporalmente las tomas en caso de escasez, ó de limitar prudentemente el uso; lo cual ejecuta aquella con el beneplácito y aquiescen-





cia del Ejecutivo, que no se despoja sin embargo de sus facultades Gubernativas.

En todos tiempos los Cabildos fueron auxiliares de la Administración General, formando en la época colonial una especie de Concejo de Gobierno, de cuyas atribuciones participaban más ó menos ya fuese en este concepto, por costumbre ó por comisión de aquél, que se valía de ellos para facilitar ó mejorar el servicio en ciertos ramos.

59. Notando el Presidente del Concejo, que la intervención del Cabildo respecto á la distribución de aguas, jamás excluyó, en el Gobierno el ejercicio de sus propias facultades, no acierta á explicar esta circunstancia, y se inclina á admitir en aquél jurisdicción concurrente con el Cabildo respecto á las aguas; la cual se habrá conservado al menos tradicionalmente hasta la época presente.

Esa suposición es inadmisible, pues, por lo que se refiere á los tiempos coloniales, ni la Legislación Española, ni el Código de Indias que nos regía, reconocía jurisdicción alguna concurrente; y sólo en lo judicial existían Alcaldes con jurisdicción *in solidum* sobre las mismas materias; pero con el derecho *de prevención*; en virtud del cual el que primero había empezado á conocer en un asunto, excluía completamente la intervención del otro.

60. Al presente, y según nuestro régimen constitucional, tampoco existe jurisdicción alguna concurrente entre el Gobierno y la Municipalidad; pues la de ésta en las materias que le conciernen, es privativa y excluyente de cualquiera otra, art. 237 C. P.

Pero aunque la delegación de las atribuciones de un poder en otro se encuentra prohibida en general, artículo 28, se permite especialmente respecto de las Municipalidades, á las cuales el Ejecutivo puede conferirles comisiones, que ellas son obligadas á cumplir, artículo 159.

Ahora mismo, pues, el Gobierno podría, si lo tuviese por conveniente, encargar á la Municipalidad las concesiones, de agua de los ríos: lo cual sería sin duda lejítimo y cons-



titucional; sirviendo también para explicar el ejercicio de ciertas facultades que aquélla conserva por delegación táctica ó expresa.

61. Que el reparto de tierras y aguas jamás fué considerado atribución propia y natural á los Cabildos, antes bien se tenía por prerogativa Real, comunicada solamente á los Vireyes, Presidentes y á veces á los Gobernadores, es cosa que no admite duda, y que puede evidenciarse fácilmente, con recorrer á la ligera las leyes de Indias que hablan sobre el particular, y los autores que las esponen.

Hagamos un ligero extracto de algunas: la ley 63, título 2, Libro 3.º, Recopilación de Indias dispone que se nombre un Juez de aguas el cual verifique el reparto, y una vez hecho de cuenta al Virey ó Presidente—la 4.ª, título 12, Libro 4.º, autoriza á los Vireyes para conceder tierras, solares y aguas, á los nuevos pobladores—la 5.ª dispone que cuando se hayan de repartir tierras, aguas, abrevaderos y pastos, lo verifiquen los Vireyes ó Gobernadores con parecer de los Cabildos.

La 8.ª Declarando ante quien se habían de pedir solares, tierras y aguas, designa á los Vireyes y Presidentes, aunque dando cierta intervención al Cabildo de las ciudades en que recudiese Audiencia—la 7.ª, título 17, Libro 4.º, ordena que los Vireyes y Audiencias cuiden de que los montes, pastos y aguas sean comunes—la 9.ª, título y Libro cit. que los Vireyes y Audiencias vean y provean lo que convenga sobre pastos y aguas—En fin, la Real Céd. de 15 de Octubre de 1754 declaró en general, que el reparto de tierras y aguas correspondía á los Vireyes.

62. En el mismo sentido de que estas cosas pertenecían al Rey, y el concederlas formaba parte de sus prerogativas ó regalías, se espresan los autores que han comentado aquella Legislación, citaremos dos de ellos solamente.

Solórzano, en su Potit, Libro 6, capítulo 11, se espresa así: « Tienen también los Príncipes otra regalía muy digna « de consideración, que consiste en el general dominio re-



«servado á ellos en todos sus Reynos, por razón de la su-  
«prema potestad sobre los campos, los pastos, los montes  
«y los ríos públicos, de tal manera que estas cosas por  
«esta causa sin duda se dicen y juzgan de realengo....»

El Gazofilacio Real del Perú, cap. 21, *aguas fuentes, veneros y manantiales*, dice: «En las aguas dulces de los  
«ríos, fuentes y pozos, el dominio y propiedad están apli-  
«cados al príncipe ó dueño del territorio, como quien  
«también lo es del suelo y tierras, en cuanto no las hu-  
«biese repartido ó concedido al comun de una ciudad, Villa  
«ó lugar....»

Según esto, el antiguo Cabildo no tenía, ni podía tener sino el agua que se le había repartido.

63. Quiero suponer, señor Juez, que no hubiese sido así, sino que efectivamente en la época colonial, el río Primero fuese considerado como municipal; siendo gobernado de un modo exclusivo, lo que jamás sucedió por el Cabildo. Subsistiría esto ahora mismo? ¿la Municipalidad podría reclamar las prerogativas y facultades de aquél cuerpo? Seguramente que no.

Cuando el Presidente del Concejo, intentando demostrarlo, nos hace la historia de nuestro Derecho Municipal, deja en aquélla una solución de continuidad, prescindiendo de la consideración de un hecho importantísimo, cual es el de que la autoridad del antiguo Cabildo caducó de todo punto; habiendo sido suprimido en esta Provincia por ley de Diciembre 31 de 1824.

Y aunque es verdad que fué restablecido por la Constitución de 1855 con el nombre de Municipalidad, no lo ha sido, sin embargo, ni bajo la misma organización, ni con idénticas atribuciones, sino con las que la ley le determinase, según se expresaba el art. 72 de dicha Constitución.

64. Ahora, pues, pregunto yo, ¿cual es la ley Provincial que haya atribuido á la Municipalidad con el gobierno del río, el derecho de hacer ó de negar concesiones de agua en él? Yo no encuentro una sola disposición legal en ese sen-



tido; y si en alguna se concede á la Municipalidad la inspección de las aguas, es solamente con relación á la higiene ó á las que se traen para los usos de la ciudad, como sucede en la de 3 de Setiembre de 1856, artículos 27 y 45, la de 12 de Octubre de 1860, artículos 24, inciso 2.º y 26 incisos 1.º y 2.º

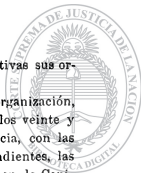
Muy al contrario, la ley de 17 de Agosto de 1869 declarando pública toda agua que corre por cauce natural, en los artículos 29 y 31, con absoluta prescindencia de las Municipalidades, encargaba al Ejecutivo dictar los reglamentos necesarios para el mejor uso y distribución de las aguas del dominio público.

65. En esta materia para no incidir en graves errores, hay que evitar confusión: las aguas pueden ser consideradas bajo muchos aspectos y con relación á usos muy diversos, correspondiendo aquella materia, segun se le examine, tan pronto á la autoridad Municipal, tan pronto al Gobierno Provincial.

Bajo el punto de vista de la policía, de la higiene, aguas corrientes en la ciudad, riego de las calles, baños, lavado, etc., etc., es indudable que la inspección y distribución de las aguas corresponde á la Municipalidad; pero no puede decirse lo mismo en general, de las concesiones de agua de los ríos para ser aplicada á los usos comunes de la agricultura ó de la industria.

66. Aún cuando bajo el régimen colonial hubiese correspondido por derecho propio, al antiguo Cabildo hacer tales concesiones, no habría sido posible en la nueva organización que la Constitución dió á las Municipalidades conservarles esa facultad.

En la época mencionada, no existiendo en la Provincia más que tres Cabildos, á saber: el de la Concepción del Río Cuarto, de la Carlota y el de la Capital, este último ejercía jurisdicción en todos los Departamentos por que corre el Río Primero, desde donde nace hasta donde termina; y bien podía por esta circunstancia gobernarlo, reglamen-



tando la distribución del agua, y haciendo efectivas sus ordenanzas.

Bajo el régimen constitucional y en la nueva organización, establecida una Municipalidad en cada uno de los veinte y dos Departamentos en que se divide la Provincia, con las mismas atribuciones y completamente independientes, las unas de las otras, aún respecto de la que reside en la Capital; atravesando en fin nuestro río cinco ó seis Departamentos ó Municipios, aquello resultaría impracticable.

67. Cada una de las Municipalidades interesadas bien podría dictar su reglamento, resultando quizá en oposición; se hostilizarían tal vez, y todo sería confusión y desorden: para evitar esto se necesita una autoridad común, y que pueda llevar su acción á todos los Departamentos, haciendo respetar sus disposiciones: autoridad que habrá de ser precisamente el Gobierno Provincial.

Lo que se acaba de exponer no son meros recelos más ó menos fundados, sino que se ha traducido ya en hechos prácticos, que demuestran la exactitud de esta observación. Los Departamentos de San Javier y San Alberto están divididos por el río de los Sauces en el cual de una y otra banda existen más de sesenta tomas.

Bien, pues, no habiendo una autoridad común para los vecinos de uno y otro, porque no lo es evidentemente ninguna de las respectivas Municipalidades, no hace mucho tiempo que se produjo un desorden tal, que aquéllos anduvieron á balazos, hasta que, dirigiéndose al Gobierno, éste reglamentó el uso del agua, quedando desde entonces en paz: hé aquí cómo se impone la necesidad de una autoridad común que gobierne los ríos; y cómo por la naturaleza de las cosas, la verdad se sobrepone á los sofismas.

Oigamos sobre este mismo punto que tratamos, la inconveniencia é impracticabilidad en la nueva organización dada á las Municipalidades, de encomendarles la reglamentación, reparto y gobierno de las aguas de los ríos, y la necesidad de una autoridad común, que no puede ser más que la del



Ejecutivo, la sensata exposición de dos de nuestros más distinguidos abogados:

68. « Las Municipalidades tienen circumscriptas sus atribuciones al territorio del Municipio; mientras que los ríos atraviesan grandes territorios que comprenden varios Municipios. »

« Si las Municipalidades tuvieran intervención en la reglamentación del uso del agua de los ríos, cada Municipalidad haría un reglamento diferente, y en vez de tener ordenanzas uniformes, á cada momento ocurrirían serios conflictos, especialmente en la época en que escasea el agua. »

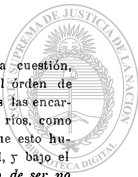
« Las Municipalidades más inmediatas á las vertientes de los ríos, reglamentarían el uso del agua de manera que los vecinos de esos Municipios pudieran levantar toda el agua, quedando privados de ella los de más abajo. »

« Si tal cosa hicieran las Municipalidades más próximas al origen del río que pasa por esta ciudad, de manera que no nos llegase agua, ¿qué haría entonces el Concejo Ejecutivo? »

« Nada, porque esas Municipalidades habrían usado de su derecho, reglamentando de esa manera el uso del agua del río; y porque el Concejo Ejecutivo de la Municipalidad no tiene ni puede ejercer atribuciones, una pulgada más allá del territorio de este Municipio. »

69. El mismo Presidente del Concejo recuerda, que no hace mucho tiempo á que por la gran seca y escasez de agua para los usos de la población, fué preciso mandar cerrar las compuertas del Municipio; siendo secundada la Municipalidad por el Ejecutivo, que adoptó una medida igual en los Departamentos de campaña de donde viene el río.

Y si el Ejecutivo no estimando del mismo modo la necesidad hubiese rehusado la adopción de aquella medida ¿de qué habría servido la tomada aquí por el Concejo? Y si existiendo Municipalidades en dichos Departamentos, éstas no hubiesen podido ponerse de acuerdo con la de la Capital ¿qué se habría hecho en este caso?



Bajo cualquier aspecto, pues, que se mire la cuestión, resultará siempre claro á todas luces, que en el orden de cosas actual, no pueden ser las Municipalidades las encargadas de la reglamentación y gobierno de los ríos, como tampoco de la distribución de sus aguas, aunque esto hubiera sido así efectivamente en la época colonial, y bajo el régimen de los antiguos Cabildos; *pues e.e. modo de ser no fuera práctico, jurídico, ni racional.*

70. Contra estos fundamentos tan sólidos y tan incommovibles, se oponen únicamente los artículos 35 y 36, tít. 6, Lib. 3º, C. C., en que al declarar que ni con licencia del Estado, Provincia ó Municipalidad pueden represarse las aguas de los ríos ó arroyos de la manera que se expresa, ó bien atravesarse con diques, parece darse indirectamente á la Municipalidad alguna intervención en las aguas, y el artículo 152 de la C. P. que encomienda al Concejo Ejecutor el cuidado del servicio de aguas.

Bien poca cosa son en verdad tales argumentos para destruir las observaciones expuestas en contrario: no sería impropio atribuir á las Municipalidades, cada una en su distrito, la policía de las aguas; de suerte que impidan la construcción no autorizada de ciertas obras, ó de las que la ley declara perjudiciales y prohibidas; lo cual de ninguna suerte comprendería la facultad de hacer ó de negar concesiones de agua.

Si la mención hecha en dichos artículos 35 y 36 de la Municipalidad, con relación al cuidado de los ríos, fuese un argumento en pró de sus atribuciones policiales, él favorecería igualmente al Gobierno Nacional ó Provincial, de quienes se hace la misma mención en idéntico sentido, por aquellos artículos.

71. El Presidente del Concejo lo reconoce así; pero indica que mientras la ley Provincial viene á deslindar las respectivas atribuciones, es más propio que el cuidado de los ríos y su administración estén á cargo de las Municipalidades que del Gobierno.



No es admisible esta indicación, porque declaradas bienes públicos del dominio del Estado todas las aguas que corren por cauces naturales en el inciso 3º del artículo 30, tit. 1º, Lib. 3º del C. C.; y siendo lo regular, al menos mientras no se determine de diverso modo, especialmente respecto de algunas, el que las cosas públicas del Estado sean administradas por el Gobierno, así debe suceder también respecto á los ríos, desde que son del dominio del Estado.

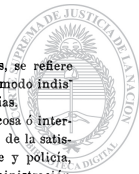
Oigamos nuevamente á los doctores Cáceres y Patiño en el escrito antes mencionado: « El C. C. establece que son « bienes públicos del Estado general ó de los Estados partícules; es decir, de la Nación ó de las Provincias, los ríos « y sus cauces. Entonces ¿qué atribución, qué jurisdicción « pueden tener las Municipalidades en bienes que son de « la Provincia? »

72. También podrían explicarse quizá sin impropiedad y muy razonablemente los enunciados artículos 35 y 36, diciéndose que la mente del Codificador, era que quedaría encomendado al Gobierno Nacional el cuidado de los ríos navegables, al Provincial el cuidado de los ríos no navegables y, en fin, al Municipal el de los arroyos ó ríos pequeños que no salgan fuera de los términos del Municipio.

Así lo ha comprendido, en efecto, el P. E. de la Provincia, en el proyecto de ley remitido á las Cámaras Legislativas, reglamentando la materia que nos ocupa, pues dividiendo en el artículo primero, las aguas corrientes del dominio público en ríos ó arroyos, según que atraviesan dos ó más Departamentos, ó terminan en el mismo donde nacen, el segundo encomienda al Gobierno la administración de los ríos, y reserva á las Municipalidades la de los arroyos. Este proyecto tan equitativo ha caído sin embargo, como una bomba á los señores del Concejo.

73. El artículo 152 de la Constitución Provincial que también se pretende hacer valer, para demostrar que es á las Municipalidades y no al Gobierno, á las que corresponde hacer concesiones de agua de los ríos, al encomendar al Con-





cejo Ejecutor el cuidado del servicio de aguas, se refiere manifiestamente al que debe establecerse de un modo indispensable en toda población, por canales ó cañerías.

No se divisa razón alguna para suponer otra cosa ó interpretarlo de diversa manera: sólo bajo este aspecto de la satisfacción de las necesidades de la vida, la higiene y policía, pueden considerarse las aguas, materia de la administración Municipal; pues en lo que concierne á su aplicación á los usos comunes de la agricultura y de la industria, afectan sin duda alguna, los intereses generales del Estado. (Velez Sarfield, nota al art. 3°, inciso 3° tit. 1°, libro 3° del C. C.)

Con razón, pues, decían los ilustrados abogados antes citados, en el escrito de que llevo hecha mención: « Cuando la Constitución establece que el Concejo Ejecutor cuida del servicio de aguas, se refiere al establecido, creado y reglamentado por la Municipalidad, que es el que provee al paseo público, regando las quintas y calles de la Ciudad; siendo éste también el único que puede denominarse *servicio de aguas*. »

74. Efectivamente, señor Juez, sería difícil admitir de parte de los constituyentes, en quienes se reconoce ilustración, un error de tanta trascendencia en la materia, no sólo porque modernamente en todos los países civilizados, es el Gobierno el que hace concesiones del agua de los ríos, sino porque entre nosotros ya en los últimos años del régimen colonial, se hallaba bien determinada el agua que correspondía al Cabildo, de la cual podría hacer concesiones, y en qué sentido debían considerarse las hechas.

Las reales cédulas en efecto, de 18 de Noviembre de 1803 y 22 de Junio de 1807 quitaban toda duda, declarando que el vecindario de las ciudades debía ser considerado dueño de todas las aguas que se conducen por cañerías públicas, y que siempre que las necesitase para su surtido, debían quedar privados de ellas los particulares, que las tuviesen por concesión del Cabildo ó ayuntamiento; prohibiendo ade-



más, el que pudiesen hacerse nuevas concesiones sin permiso superior.

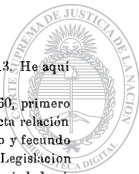
75. Por la Legislación moderna de España, el punto de saber á quien compete hacer concesiones de agua, no admite duda de ningún género, pues se encuentra resuelto positivamente, y en los términos más explícitos en el sentido de que, si la derivación ha de verificarse de una corriente cualquiera de cauce natural, el permiso para efectuarla corresponde al Gobierno; y si de cualquier canal sacado para los usos de una población, es al Ayuntamiento.

En comprobación de esta doctrina se podrían aducir muchísimas disposiciones legales, que sería largo y enfadoso examinar una por una, limitándonos por esto á indicar algunas. Véanse especialmente la ley de Ayuntamientos de 8 de Enero de 1845—Real orden de 14 de Marzo de 1856, artículo 1º, inciso 3º; la de 5 de Abril y 4 de Diciembre de 1859, y, en fin, de 29 de Abril de 1860.

76. El artículo 1º de la Real Orden de 5 de Abril de 1859, dice: “ Los Gobernadores de Provincia adoptarán las disposiciones oportunas para que nadie emprenda obras de ningún género dirigidas á aprovechar las aguas de ríos, riachuelos, arroyos, torrentes, ú otra corriente natural, sea cual fuese su denominación, sin que previamente *esté autorizado por el Gobierno* con arreglo á lo prescripto en la Real Orden de 14 de Marzo de 1846. “

El artículo 2º de la Real Orden de 4 de Diciembre del mismo año de 1859 contiene lo siguiente: “ Si las aguas que se pretendan utilizar, hubiesen salido ya de su cauce natural y discurriesen por una acequia destinada de antemano á usos de común aprovechamiento, deberá impetrarse el permiso del Ayuntamiento. “

77. Aun es más expreso y terminante si es posible, el decreto de 29 de Abril de 1860, sobre el cual por su analogía con las disposiciones de nuestro Código Civil, voy á permitirle transcribir lo que á su respecto exponen los señores



Calvo y Pereyra en su tratado de aguas, página 313. He aquí sus palabras textuales:

“ El principio en que estriba el decreto de 1860, primero  
“ del que por su importancia y por su más directa relación  
“ con la materia debemos hacernos cargo, es vasto y fecundo  
“ en resultados y modifica profundamente la Legislación  
“ antigua. Prescindiendo absolutamente de la propiedad pri-  
“ vada sobre las aguas, las pone de repente en manos de  
“ la autoridad suprema, y exige que deban obtener previa-  
“ mente la concesión Real, todos los que quieran directa ó  
“ indirectamente hacer con ellas, en ellas ó junto á ellas  
“ cualquier cosa que modifique en lo más mínimo su actual  
“ estado. “

“ No basta ya, según él, el derecho de propiedad sobre  
“ los terrenos riberiegos para usarlas, aprovecharlas ni dis-  
“ tribuirlas, ni para hacer en los ríos represa, molino, dique,  
“ ni puente, ni obra alguna nueva, como sucedía por nuestras  
“ antiguas leyes, es preciso atender antes para todo á la re-  
“ solución del Gobierno, que cederá las aguas ó permitirá  
“ construir en ellas, según sea el objeto de la solicitud, y  
“ con arreglo á lo que resulte de la previa instrucción de  
“ un expediente Gubernativo.“

En términos idénticos á los que se acaban de transcribir, se expresa la Enciclopedia Española de Derecho y Administración—V. agua, tomo 2º, página 321, columna 2ª.—También Colmeiro y Goyena reservan al Estado el derecho de hacer concesiones de agua; el primero en su Derecho administrativo, tomo 2º, página 12, número 1250; el segundo en sus Concordancias, tomo 1º, página 426.

78. Terminaremos esta colección de textos y esta larga serie de autoridades, aduciendo en el mismo sentido que las demás que llevamos alegadas, la del Dr. Lira para demostrar que igualmente en Chile sólo corresponde á la Municipalidad respecto á las aguas, su policía y el cuidado de la higiene, mas de ninguna suerte el hacer concesiones en los ríos.



Con respecto á éstas dice: “ Las mercedes ó permisos para “ sacar agua de un río ó estero corresponden al Jefe del Departamento en que el saque ó toma haya de establecerse; “ sin que en virtud de estas mercedes se adquiera más derecho que el que corresponda por las leyes comunes, atendidas la antigüedad y preferencia en la merced entre los “ varios interesados. *Pront.<sup>o</sup> de los Juicios*, tomo 3<sup>o</sup>, página “ 317, § V.

Aquí doy, señor Juez, por concluída mi tarea en la parte jurídica, en que me propuse refutar la pretensión del Presidente del Concejo, al reclamar para la Municipalidad la atribución de hacer concesiones del agua del río, ó denegarlas, que según los principios expuestos y autoridades que he aducido, corresponde exclusivamente al Gobierno.

#### IV

§ 79. Me falta solamente para terminar este escrito, que se prolonga ya demasiado, responder á algunas objeciones aisladas, rectificar ciertos hechos importantes y equivocados, en fin, agregar algunas consideraciones, que el demandante no ha tenido presentes, y que sin embargo son dignas de atención, y deben influir poderosamente en la resolución.

Se alegan por el demandante los derechos de posesión en favor de la Municipalidad, que nadie puede turbar arbitrariamente, según se establece en el artículo 32, título y Libro 3<sup>o</sup> C. C.; pero ¿de qué derechos posesorios se trata aquí? ¿Del derecho á una cierta porción de agua del río, determinada por la capacidad misma de la acequia que viene al paseo? Nadie se la disputa, nadie pone óbice á su ejercicio, nadie trata de mermársela tampoco.

En circunstancias ordinarias hay en el río agua suficiente para esta acequia, como también para la del Dr. Paez y la de mis representados, que vuelve toda al cauce de dicho río; en circunstancias extraordinarias ó en épocas de escasez el Municipio tiene preferencia, que el Gobierno le reconoce, y los Ducasse no cuestionan tampoco.



80. ¿Posesión en el río? Jamás la ha tenido; pues que siempre ha respetado derechos antiquísimos y fundados en títulos perfectamente legítimos, como los de mis representados, y porque el río nunca fué municipal: sobre todo, aunque lo hubiera sido, declarada del dominio del Estado por el C. C. toda agua que corra por cauce natural; y aun antes de la publicación de aquél, por la ley Provincial de 17 de Agosto de 1869, sus derechos habrían pasado al Gobierno.

¿Posesión para impedir que nadie estableciese toma arriba de la municipal? No la ha tenido, ni la tiene respecto á los poseedores de la merced de Adaro, según se ha decidido en diversas épocas, por repetidas resoluciones.

Si la hubiese tenido habría caducado; porque declarado público y de uso común el río, adquirirían derecho, es claro, para servirse del agua, prévias las formalidades legales, los ribereños superiores y demás propietarios, que sólo pudieran regar levantando el agua de más arriba.

¿Cómo conciliar de otra suerte la comunidad de las aguas del río, con la prohibición de que nadie saque acequia para regar más acá de la Calera? ¿Puede la Municipalidad amortizar así, condenar ó esterilizar una parte de la costa? Declarar públicas las aguas de un río ¿no es declarar por el mismo hecho, hábiles sus riberas para poder abrir acequias?

81. ¿Posesión de la facultad de hacer concesiones de agua en el río? De ninguna suerte la tiene la Municipalidad, aunque en la época colonial la hubiese usado en delegación el Cabildo; pero suprimido éste, la reasumió el Gobierno, quien sigue ejerciéndola hasta el presente; y la Municipalidad acaba de reconocérsela, al suplicar revocase la hecha á los Ducasse, en la suposición de importar nueva concesión.

82. Menciona el Presidente del Concejo los grandes privilegios y prerogativas que gozaba el Municipio en el uso de las aguas; y deplora no poderlos presentar por haberse extraviado los libros en que constaban: es sensible ciertamente, porque se pierde una curiosidad histórica; pero no en otro sentido, porque hoy de nada más le servirían.



Legislada de nuevo la materia de aguas en el Código Civil, lo mismo que la de privilegios; y establecido por declaración positiva contenida en el artículo 22, tit. 1º, Prelim. que lo que no se encuentra en aquél expresa ó implícitamente, no conserva vigor legal, no es en los libros del antiguo Cabildo, donde la Municipalidad debe estudiar sus derechos ó privilegios, sino en el Código vigente.

83. Ahora bien, en éste, el único privilegio que encontraría, sería el que reconoce en favor de las poblaciones que necesiten agua el art. 37, tit. 6, lib. 3º, de poderse expropiar las vertientes, pero esta misma disposición le demostraría de paso, el error en que procede al considerarlas suyas, igualmente que el río.

El Código le reconoce además la propiedad de las aguas, que deriva del río por el canal construido por ella. ¿Para qué busca, pues, más privilegios? ¿Cuáles pueden ser superiores á los del dueño? Estos mismos son los que le reconocemos también nosotros; y seguramente que no hallaría otros mayores, aunque revisase todo su archivo, si bien es cierto que ellos no alcanzan á impedir, que otro propietario de más abajo ó de más arriba, asistido de legítimos títulos, disfrute también el agua del río, sin quitarle la suya, ni menoscabar sus derechos.

O el río primero no es público, ó la Municipalidad no puede pretender ni su propiedad, ni su posesión: tampoco se le puede reconocer el derecho de prohibir que se abran tomas desde aquí hasta las vertientes; pues con igual facultad podría también impedir que se abran más adelante, y entonces resultaría el río, exclusivamente suyo, es decir, Municipal y no público.

84. El art. 36, tit. 1º, Lib. 3º, declara solamente bienes Municipales, los que el Estado haya puesto bajo el dominio de las Municipalidades, y como ninguna ley Provincial anterior ó posterior al Código, ha puesto el río Primero bajo el dominio de la Municipalidad, no puede ser considerado Municipal.



Correspondiendo todas las aguas corrientes por cauces naturales al dominio del Estado, artículo 30, inciso 3º, tít. 1º, Lib., 3º, C. C., y no pudiendo aquél ser desmembrado en manera alguna, tampoco las aguas del río podrían pasar al dominio de la Municipalidad.

Los bienes municipales pueden ser enagenados según el citado artículo 34, tít. 1º, Lib. 3º, en el modo y forma que lo prescriban las leyes especiales reglamentarias; mientras que según el Código, no pueden serlo las aguas corrientes por cauces naturales; porque esto importaría desmembrar las del dominio público: luego no son bienes Municipales. Nota al art. 31, tít. 1º, lib. 3º, C. C.

85. Se alega también con relación al art. 10, tít. *de los actos jurídicos*, la nulidad de los que resulten perjudicar derechos adquiridos de un tercero, como se supone haberse demostrado que sucede en la concesión á los Ducasse, respecto á los derechos del Municipio.

Esa demostración, señor Juez, se funda en los datos suministrados por el Ingeniero: que el volúmen del agua que conduce la acequia pública disminuirá en la misma cantidad que alce la de los Ducasse, que la toma de aquélla se ha de cegar; que el umbral de ésta, la cual es toda nueva, se halla á un metro más bajo que el fondo del río, etc.

Ahora bien, como todos y cada uno de estos fundamentos resultan completamente falsos, algunos á la simple vista, lo que pone de manifiesto la parcialidad del Ingeniero, otros según demostración científica, que por su claridad y exactitud no deja lugar á duda alguna, tenemos que de nada sirve, y caduca de todo punto, la demostración de los perjuicios que supone haber hecho el demandante.

Sobre los mismos datos completamente erróneos alega el Presidente del Concejo resultar inexacto el fundamento expuesto por los Ducasse en su solicitud, de que prolongando su acequia ganaban altura y aprovecharían mejor el agua: pero lejos de ser cierto tal acerto, es falso, á la simple vista, en términos que compromete la seriedad del Concejo, pues

efectivamente con la prolongación de la acequia se gana en altura un metro y ochenta centímetros.

86. En relación á los perjuicios que se supone habrá de sufrir la toma del Municipio, dice el Presidente con sobrada ligereza, que aunque no se han producido; pero que *la ciencia* los asegura. ¿Quién es, pues, en este caso el representante de la ciencia? Si se alude al Sr. Tourmente, desde luego le desconozco toda perosnería para representarla; porque atendido el mérito de su informe, que es un cúmulo de ineptias, se puede presumir prudentemente, que no conoce la hidráulica ni de nombre.

Aun respecto á la integridad é independencia en sus opiniones, que antes que nadie lo alabe, se atribuye el mismo Ingeniero, notando la divergencia entre sus dos informes, sus apreciaciones manifiestamente erróneas é injustas, las grandes inexactitudes y falsedades en que incurre, yo me permito dudar, al menos respecto á su proceder en este asunto, pues resulta demasiado irregular, y desde luego lo tacho de parcial.

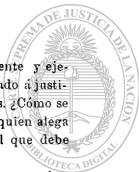
87. El Presidente del Concejo, siguiendo en el escrito que contesto, las huellas del Dr. Paez, supone equivocadamente, que llevando la concesión á los Ducasse para mudar su toma, la calidad de *sin perjuicio*, resulta hipotética y condicional, de suerte que basta el que la Municipalidad ó el Concejo que obra á su nombre sin consultarla, alegue que viene á ser perjudicada, aunque no lo compruebe, para que aquélla debiese quedar sin efecto.

Esto no es más que un grave error: la mencionada cláusula no es una especialidad en la concesión de que se trata sino de estilo y mera fórmula en todas, y tan natural, que se sobreentendería tácita, aunque no se pusiera en términos expresos; mas ella no importa en manera alguna, condición que el interesado deba comprobar antes de valerse de su título.

Tiene seguramente por objeto, poner á salvo cualquier derecho adquirido que pudiese resultar en oposición; pero sin







que por esto el título deje de ser válido, fehaciente y ejecutivo desde luego. Jamás el agraciado es obligado á justificar que aquél no perjudica derechos adquiridos. ¿Cómo se podría justificar tampoco la negativa? Sino que quien alega que se le causa perjuicio en sus derechos es el que debe acreditarlo.

88. ¿De qué serviría un título ó concesión, si para valerse de ella el interesado, le fuese indispensable comprobar previamente que no hace perjuicio á derechos adquiridos? O vice versa, si para anularla, á cualquiera le bastase afirmar, sin necesidad de demostrarlo legalmente, que el título ó concesión le perjudicase? De nada seguramente.

Quien alega pues como excepción, contra la validez de una concesión en buena forma y emanada de autoridad competente, el perjuicio á un derecho adquirido, es obligado á probarlo: tal sucede al menos entre particulares. ¿Será de otro modo respecto á la Municipalidad?

89. Así lo presume ciertamente el Presidente del Concejo, suponiendo que habla á nombre de un Poder Soberano, que no se encuentra sujeto á las mismas reglas que los particulares, en la adquisición, conservación y pérdida de sus derechos civiles.

Olvida que se haya litigando como persona jurídica sobre un derecho de agua, acerca del cual ha deducido una acción posesoria; se olvida que él mismo tenía reconocido que la igualdad es la base de la ley civil y constitucional; se olvida, en fin, que cuando intentase negarlo, están ahí para obligarlo á reconocer este principio fundamental de la Democracia, los artículos 12, tít. 1º, Sec. 1º, Lib. 1º. C. C. y 43 de la Constitución Provincial.

90. Pero el Presidente del Concejo alega á este respecto que habiéndose dirigido al Gobierno en nota de 28 de Marzo, manifestándole los perjuicios que la concesión á los Ducasse ocasionaba al Municipio; y suplicándole fuera servido revocarla, éste declaró que dicha concesión se hallaba sujeta á la autoridad Municipal, en el sentido de que podría suspender



el uso de ella en los casos que así lo exigiesen las necesidades de la población.

La concesión pues no fué revocada como lo deseaba el Concejo, ni se le autorizó tampoco para hacerlo por sí mismo: tan era así, que de ninguna suerte éste se declaró satisfecho, sino que dándole primero vista al abogado consultor, y haciendo redactar en seguida un nuevo informe con el ingeniero, el cual expresó en éste, lo que no se le había ocurrido decir en el anterior, contra la concesión de los Ducasse, se dispuso á sostener sus pretendidos derechos, y preparó los antecedentes con que debía justificarlos.

91. En realidad la mencionada declaración del Ejecutivo sobre la concesión á los Ducasse, no acordaba más ni menos derechos á la Municipalidad, que los que ésta ha ejercido siempre, sobre todas las tomas situadas en el río más arriba de la suya, de hacerlas suspender temporalmente, ó restringir el uso de un modo provisorio en las épocas de seca, cuando ha sobrevenido gran escasez de agua.

Esto era suficiente sin duda á resguardar los intereses del Municipio; más no llenaba las aspiraciones del Concejo, cuyo celo había excitado el doctor Paez contra la obra de los Ducasse: al mismo tiempo que con respecto á la del señor Domínguez, se limitaba á *ver, oír y callar*, no se satisfacía respecto de aquella, con otra cosa que la supresión completa; y para obtenerla resolvió por fin, ocurrir á los tribunales.

92. Pretender, pues, ahora que el Ejecutivo ha dejado á su criterio ó á su discreción, el permitir que dicha obra se realice cuando por el contrario, el suspender su ejercicio en casos dados, supone necesariamente la realización, es tergiversar los hechos del modo más patente y más inconsecuente también con sus propias resoluciones. ¿Á qué fin ocurre á los Tribunales, si el Concejo se considera autorizado por el Gobierno para revocar discrecionalmente, la concesión contra la cual



viene á litigar, y si por otra parte entiende que aquél muy bien podría revocarla?

Es, pues, una gravísima equivocación de parte del Concejo, aunque no la única de ese mismo tamaño, en que ha incidido en su demanda, la de suponer que la concesión á mis representados ha caducado; porque habiendo dejado el Ejecutivo la revocación si fuese perjudicial, librada á su arbitrio, él ha resuelto que lo es efectivamente.

¡Qué ocurrencia! Pues, ¿no conocia ya muy bien el Gobierno la opinión del Concejo? Á fuerza de artificio é ingénio, se quiere convertir en un *como lo pide*, el *no ha lugar* que aquél le proveyó; porque éste hubiese sido urbano y comedido, cual correspondía por el carácter público de los peticionantes, que invocaban, aunque sin oportunidad los intereses comunes.

93. Otra equivocación del Concejo no menos grave, ni de menores proporciones, contiene el argumento contra la referida concesión, de que la Municipalidad se encuentra reatada con el empresario señor Dumesnil, por un contrato que se hizo para el establecimiento de aguas corrientes, en el cual se estipulaba sin tenerse conocimiento de la de los Ducasse, que no se verificarían nuevas concesiones de agua.

Este argumento, señor Juez, es completamente descaminado á impropcedente por donde se le mire: 1.º no es cierto que el permiso á los Ducasse para cambiar su toma, importe nueva concesión de agua, pues no usarán sino aquella misma de que se encuentran en posesión, fundada en títulos antiquísimos y perfectamente legales, que no puede ponerse en duda ni por un momento.

2.º Cuando ese permiso importase realmente nueva concesión de agua, siendo anterior al contrato sobre aguas corrientes, pues aparece anotado en el Departamento Topográfico el 19 de Octubre del año pasado, mientras éste se verificó recién, como puede verse en el Digesto Municipal, página 231, en 26 de Noviembre, de ninguna suerte podía quedar

comprendido en la prohibición de nuevas concesiones para en adelante.

3.º Anotándose conforme á las disposiciones vigentes sobre la materia, toda concesión de agua, en los registros de una oficina pública, como lo ha sido efectivamente y en oportunidad la concesión á los Ducasse, de ningún modo pudieran ó debieran los contratantes ignorar dicha concesión, pues eran obligados en todo caso á informarse de ella, en cuanto concerniese al contrato; su descuido supondría culpa lata, y de ninguna suerte podría perjudicar á mis representantes.

4.º En fin, es absolutamente falso el que por el citado contrato, la Municipalidad se obliga á impedir el establecimiento de nuevas tomas sobre el río; pues única y exclusivamente, promete no hacer ella nuevas concesiones de agua de la acequia Municipal.

94. La mente del artículo 2.º del referido contrato, es manifiesta en el sentido indicado, no pudiendo ser más explícito su texto. Después de estipularse que la Municipalidad cederá al empresario el derecho ó impuesto de agua, por cualquier concesión particular, éste se obliga á continuar sin alteración los servicios existentes; pero sin que se pueda hacer *nueva concesión alguna*. Según el artículo siguiente, satisfechos estos servicios, el sobrante de agua pertenecerá á la empresa.

Ahora bien, señor Juez, ¿al sobrante de qué agua se refieren estos artículos? Claro es que al del agua de la acequia. ¿Podía nunca la Municipalidad conceder al empresario el sobrante de agua del río? ¿Qué servicios tiene establecidos en el río la Municipalidad, y qué concesiones tiene hechas en él á particulares, que el empresario se obliga á respetar? Ningunas, ciertamente.

¿Cuál es el agua que vende la Municipalidad, y qué concesiones son las que pagan los derechos que se le ceden á aquél, las de la acequia ó las del río? únicamente las primeras; porque siendo público el río, hasta sería absurdo





gravar con impuestos el uso de sus aguas; habiéndose de las concesiones, la palabra *nuevas* está empleada en contraposición á *existentes*; y como éstas fuera de duda se refieren á las que tiene hechas la Municipalidad, del agua que viene al lago, es evidente también que es á esta misma agua á la que se refiere igualmente, la prohibición de nuevas concesiones.

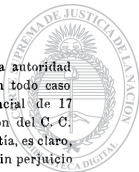
Nada tendría que ver pues en caso alguno esta prohibición, con la concesión anterior del Gobierno á los Ducasse sobre el río; y para suponer lo contrario, es preciso prescindir de toda interpretación razonable, desnaturalizando todas las cláusulas del contrato sobre aguas corrientes, como lo ha verificado el Concejo en su demanda.

95. ¡Cosa particular, señor Juez, y que no dudo llamará la atención no sólo de V. S., sino también la de cuantos lean este escrito! Las dos únicas razones, entre las mil y quinientas de todo calibre alegadas por el Concejo, y que él mismo declara haber sido decisivas en su conducta, al resolverse á promover este pleito, resultan del todo vanas como basadas en hechos inexactos y completamente falsos.

Es la primera, la oposición que se suponía resultar entre la concesión del Gobierno á mis representados, y las estipulaciones del contrato celebrado sobre aguas corrientes, á mérito de la cual la Municipalidad podría más tarde encontrarse en un conflicto.

Acabamos de ver que esto es absolutamente inexacto; pues por las consideraciones evidentes que dejo expuestas, se demuestra que no sólo no existe tal oposición, sino que ni siquiera tienen relación alguna una cosa con la otra, de suerte que tal conflicto es imposible y puramente imaginario.

96. La otra razón fundamental y decisiva para el Concejo, es un supuesto acuerdo de 1796 prohibiendo se hiciesen nuevas concesiones del agua del río. Ese acuerdo jamás ha regido; pues en el hecho mismo de continuar el Gobierno haciendo concesiones, como si no existiese, lo hu-



biera revocado. Habría debido caducar con la autoridad del Cabildo, cuando éste fué suprimido; y en todo caso resultaría derogado primero, por la ley Provincial de 17 de Agosto de 1869, y después por la publicación del C. C. que al declarar públicas las aguas del río, permitía, es claro, hacer concesiones hasta donde alcancen aquellas, sin perjuicio de tercero.

Por las razones expuestas el permiso á los Ducasse para subir su toma no importa nueva concesión; la del derecho al agua que ocupan fué merced otorgada en 1672, y de consiguiente anterior más de un siglo á la fecha del citado acuerdo: en fin, el mismo año de 1796 el Gobernador Intendente Marqués de Sobremonte, reconoció nuevamente ese derecho, en juicio contradictorio entre el Cabildo y don Nicolás Cabrera, con la calidad de poderlo usar abriendo la toma antes ó despues de la del Municipio.

El tal acuerdo de 1796, debe ser, señor Juez, algo elástico ó de resorte, de suerte que se le pueda arreglar y manejar fácilmente; porque despues de haber dormido muchos años, casi un siglo, se levanta vigente contra los Ducasse, ensanchándose desmedidamente; mientras que vuelve á callarse, y permanece de nuevo como muerto respecto al señor Domínguez, encojiéndose para dejar pasar su gran acequia.

Véase pues á qué quedan reducidas la razones justificativas de la conducta del Concejo; y dígaseme si el insistir en sus propósitos apesar de todo y contra viento y marea, no importaría una temeridad incalificable y una seria responsabilidad, por lo menos ante el Tribunal de la opinión, ya que no ante la corporación Municipal hasta ahora inconsulta?

98. Tanto el Concejo Ejecutor como el doctor Paez procedían en la inteligencia de que el derecho de agua de los Ducasse era relativamente moderno, y que la facultad de usarla, de más arriba del dique municipal, venía únicamente de la última concesion del Gobierno; pues bien,

esta suposición resulta del todo errónea, y el hecho enteramente diverso

En mi contestación á la demanda del doctor Paez con los documentos que la acompañan, los cuales pido mande traer V. S. en este espediente *ad effectum videndi*, haciendo agregar también copia testimoniada en legal forma, si lo considerase indispensable, yo tengo patentizado ese error fundamental, demostrando con evidencia los puntos siguientes:

1.º La precitada merced de Adaro que he presentado en escritura pública fehaciente, con más de dos siglos de antigüedad, comprendía todo el terreno sobre la costa Norte desde Saldán hasta Casavinda con el fondo que se determina, y contenía también el derecho al agua en la *cantidad que se necesitase y pudiese sacarse*: por donde más convenga, se entiende, porque á este respecto no se pone limitación.

2º Dividida la merced en varias porciones de terreno, la de González, la de Galán y otras, ésta que quedaba al Poniente de aquella, le constituyó servidumbre de acueducto á su favor á fin de que se pudiese, si convenía á sus dueños, sacar el agua del río por esa parte; servidumbre que se determina, y de que se hace mención expresa, en todas las escrituras de trasmisión en un largo período, hasta la que otorga últimamente el Ilustrísimo señor Obispo Arellano á mis representados.

3.º En diversas épocas el derecho al agua, con la calidad de poderse tomar antes ó después de la acequia Municipal, ha sido reconocido en juicios contradictorios, á favor de los poseedores de dicha merced, contra el Cabildo ó los que teniendo causa en él, representaban su derecho.

4.º En 1796, por resolución del Gobernador Sobremonte en pleito del Cabildo mismo con don Nicolás Cabrera: á principios de este siglo por sentencia recaída á favor de don Miguel Galán en litigio con los Fúnes, sucesores de don Juan Manuel López; y por último en 1819 por fallo definitivo del Alcalde don Francisco Solano Echenique, asesorado por el doctor Villagas, á favor de doña Tomasa de Allende contra el Colegio de





Huérfanas, sucesor también de López; quien representaba los derechos del Cabildo.

5.º En conformidad á estos antecedentes, en la escritura de venta que en 13 de Setiembre de 1817, otorgó la expresada doña Tomasa de Allende, ante el Escribano Público don Diego Olmos de Aguilera, en favor de don Manuel José de Ocampo, de la finca denominada *Hornos de Cabrera* hoy propiedad de mis representados, se encuentra la siguiente cláusula:

« Asimismo se comprende en esta venta la servidumbre *« aque ducendie*, que goza dicho terreno para sacar toma y *« acequia* antes ó despues de la de esta ciudad, según todo *« consta de sentencia definitiva de este Gobierno, pronunciada *« en juicio contradictorio; todos los cuales derechos doy en *« esta venta real á dicho señor Ocampo.*»**

6.º En fin, que ese derecho se ha trasmitido sin interrupción á los sucesores de aquellos á quienes fué concedido, ó en cuyo favor fué reconocido, hasta los Ducasse que lo poseen en la actualidad; pues aunque éstos no hayan tenido toma más arriba de la de la ciudad, la han mantenido más abajo.

Esto basta para conservarles su derecho en toda su extensión y en todas las maneras, de que en conformidad á sus títulos puede ser usado; porque siendo derecho de *mera facultad*, y no habiendo recibido jamás limitación por oposición de la Municipalidad ni del doctor Paez ó sus causantes, no puede perderse por el simple no uso, ni está sujeto á la prescripción.

99. Terminaré, señor Juez, aplicando al Concejo Ejecutor de la Municipalidad lo que en caso igual al presente, decía al Dr. Paez, «El demandante habrá ignorado quizá estos antecedentes: *« quiero hacerle el honor de suponerlo así; pero con todo no *« es excusable en manera alguna, la ignorancia sobre la calidad *« y extensión de los propios derechos; y antes de lanzarse á *« un nuevo litis, causando graves perjuicios á mi represen- *« tados, ha debido informarse completamente de cuanto le *« concernía.*»*****

Debo, sin embargo, recordar á V. S., que mis representados,





seguros de la verdad de lo que sostienen, á saber, que los trabajos que practican para cambiar su toma, ningún perjuicio causarán á la del Municipio; y deseando también quitar toda apariencia á la frecuente invocación que se hace de los intereses comunes, en una de las audiencias habidas para ver de arreglar razonablemente este asunto, ofrecieron completa garantía de que en efecto, ningun daño recibirá el Municipio por causa de los referidos trabajos; y de que resultando alguno, lo repararían inmediatamente abandonando además la nueva toma.

La proposición era tal, que ni el Presidente del Concejo, ni el abogado consultor pudieron desconocer su equidad, declarando que la transmitirían gustosos á dicho Concejo; y esto no obstante sin que pueda atinarse siquiera con la causa, resultó luego desechada por aquél, con el voto doble del mismo Presidente que decidió el empate.

100. Ahora, señor Juez, considerándolo conforme á la naturaleza del presente juicio, y al objeto de presentar la más segura base de una resolución, con eliminar absolutamente hasta la posibilidad de un error de apreciación perjudicial al Municipio, cuyos intereses respetamos como sagrados, vengo en reiterar á nombre de mis representados, el ofrecimiento de la indicada caución, por fianzas idóneas á satisfacción de V. S. ó en la forma que estime conveniente.

Acompaño en fs. útiles los documentos á que me he referido por primera vez en este escrito: en mérito de ellos, de los demás que llevo alegados y de cuanto dejo expuesto.

A V. S. suplico que habiéndome por presentado, y por contestada la demanda interpuesta á nombre de la Municipalidad, se sirva desecharla, en definitiva, declarando el derecho que asiste á mis representados para proseguir y terminar la obra denunciada, con indemnización de las costas y perjuicios que se les ocasionen hasta la conclusión del juicio, por ser de justicia.

CORTES.

**Adolfo Lafosse.**

